

Instituições de Direito Processual Civil

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

*1ª edição: 08.2001; 2ª edição: 03.2002; 3ª edição: 03.2003;
4ª edição, 01.2004; 5ª edição, 04.2005.*

ISBN DA COLEÇÃO 978-85-7420-938-8
ISBN DESTE VOLUME 978-85-7420-941-8

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa

*Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

04.2009

1.111. procedimento

Nada diz o Código de Processo Civil sobre o procedimento a ser observado em relação à ação declaratória incidental, precisamente porque ela é, quando proposta pelo réu, mero conteúdo de uma reconvenção e portanto carece de autonomia como espécie de resposta. Aplicam-se-lhe as regras procedimentais referentes a esta, inclusive quando proposta pelo autor (analogia, igualdade das partes – *supra*, n. 1.103).

A demanda incidente é deduzida mediante petição escrita, acompanhada de procuração e dos documentos indispensáveis (arts. 37, 282, 283 *etc.*) e dirigida ao juiz da causa, observados os requisitos gerais dos atos do processo e os ordinariamente exigidos para a propositura da demanda (arts. 282 *etc.*). As partes devem ser legítimas com referência à relação jurídica a ser declarada e todos os pressupostos processuais devem estar presentes. A petição *inicial* da demanda de declaração deduzida pelo réu deverá ser separada da contestação (art. 299), constituindo mera irregularidade a inobservância desse requisito quando não for causa de dúvidas, tumultos ou prejuízos; também quando formulada pelo autor ela será separada de qualquer outro pedido ou requerimento, nas mesmas circunstâncias. Será indeferida nas mesmas situações em que o é qualquer petição inicial ou, particularmente, a reconvenção.

A propositura da ação declaratória incidental será anotada no distribuidor (art. 253, par.) e o defensor do adversário, intimado a responder. Como o art. 325 dá ao autor o prazo de dez dias para propô-la e o réu tem para isso os quinze dias concedidos para reconvir (art. 297), seguir-se-ia que também os prazos para responder teriam essa variação porque o princípio da igualdade dos prazos quer que toda resposta seja regida pelo mesmo prazo do ato que é objeto desta; mas, como por outro lado não seria isonômico conceder às partes diferentes prazos de resposta (princípio da igualdade dos prazos – *supra*, nn. 685 e 701), é mais razoável que em ambas as hipóteses o prazo seja o maior deles, i.é, quinze dias.

Com ou sem resposta, a ação declaratória integra-se no ritmo normal do procedimento ordinário e, com a demanda inicial e contestação, passa à fase ordinatória, onde inclusive poderá dar-se o caso de oferecer oportunidade para eventual *réplica* (arts. 326 e 327 – *supra*, n. 1.103). A instrução será única para a demanda inicial e a incidente, as quais serão julgadas em uma só sentença (art. 318). A falta de pressupostos para o julgamento de uma não prejudica a outra, sendo a inadmissível excluída e prosseguindo o processo com a admissível (*supra*, n. 1.104); se a inadmissibilidade de uma delas for reconhecida ao sentenciar, a sentença, sempre única, conterà capítulos específicos, um para julgar o mérito de uma das demandas e outro, para negá-lo com referência à outra.

1.112. sentença e coisa julgada

O capítulo de sentença que julga a demanda incidente de declaração é sempre meramente declaratório e tem por objeto a relação jurídica prejudicial controvertida, embora de outra natureza possa ser o capítulo referente à demanda inicial (constitutivo, declaratório). A declaração que aquele contém será positiva ou negativa, conforme a convicção do juiz, sem necessária correspondência entre o caráter positivo ou negativo da ação declaratória incidental em julgamento.

Como sempre, a sentença que julga improcedente uma demanda é declaratória negativa, menos a que julga improcedente a ação declaratória negativa, que é declaratória positiva (*supra*, n. 904).

Como todo julgamento de mérito, o da ação declaratória incidental projeta efeitos para fora do processo e portanto sobre a vida das partes, não se limitando a servir de mero suporte lógico legitimador de uma conclusão; daí ser uma declaração *principaliter* e não *incidenter tantum*, como seria se a demanda de declaração não houvesse sido proposta (art. 469, inc. III). Seu efeito declaratório ficará depois imunizado pela *auctoritas rei judicatæ*, como os efeitos substanciais de toda sentença de mérito (coisa julgada material – CPC, art. 470, e *supra*, n. 955).

A eficácia das declarações *principaliter* sobre relação jurídica, especialmente das que se pronunciam sobre o estado ou capacidade das pessoas, não é suscetível de impugnação por terceiros, não porque a coisa julgada não os atinge diretamente (art. 472) mas porque eles carecem de legitimidade para pôr em discussão relações jurídicas alheias. A parte final do art. 472, ao afirmar que tais declarações vinculam *terceiros*, põe como requisito para essa amplitude subjetiva da coisa julgada material a participação destes no processo – mas, como o terceiro que de algum modo vem ao processo deixa de ser tal e passa a ser *parte* (Athos Gusmão Carneiro – *supra*, n. 587), essa extensão é meramente ilusória, porque é natural que a coisa julgada atinja todas as partes (*supra*, n. 964).

Capítulo LXXXVII – OUTRAS RESPOSTAS DO RÉU

1.113. as outras respostas – 1.114. impugnação ao valor da causa – 1.115. intervenções de terceiros, provocadas – 1.116. argüição de falsidade documental

1.113. as outras respostas

Embora o Código de Processo Civil indique formalmente como respostas do réu somente a contestação, a reconvenção e as exceções rituais (art. 297), em seu contexto está disciplinado um número significativamente maior de possíveis reações à citação e que, por isso, também se qualificam como respostas. Tais são a *impugnação ao valor da causa*, todas as modalidades de *intervenções de terceiros* provocadas pela parte e a *argüição de falsidade documental*. Elas não são necessariamente *defesas* contra o *ataque* representado pela demanda inicial, nem serão *contra-ataques* ao seu autor, mas nem por isso deixam de ser modos de reagir ao estímulo inicial e, por isso, *respostas* (*supra*, n. 1.054).

Essas reações têm muito em comum entre si e com aquelas indicadas no art. 297 do Código de Processo Civil, como o prazo para serem apresentadas, a forma de dedução, o contraditório que se lhes segue, a influência que umas podem exercer sobre as outras (inclusive mediante suspensão do prazo para deduzi-las), a implantação de controvérsias sobre fatos *etc.* (*supra*, n. 1.054). O prazo é sempre o ordinário para as respostas em geral, regido pelas normas inerentes a estas (*supra*, nn. 1.056-1.057).

1.114. *impugnação ao valor da causa*

Impugnação ao valor da causa é a *demanda com que o réu pleiteia a alteração do valor atribuído a esta na petição inicial*, dando origem a um incidente que se processa em autos apensos mas não suspende o curso do procedimento central (sequer suspensão imprópria, portanto – art. 261).

A petição em separado é indispensável para a formação dos autos apensos e, sem ela, o incidente não se processa. Mas, nos casos em que o juiz tem o poder-dever de exercer *ex officio* o controle do valor atribuído à causa, ele deverá fazê-lo à vista da mera impugnação, ainda quando mal formulada (*supra*, n. 999): seria insensato mandar que o juiz fiscalizasse por si próprio o valor em certos casos, sem quaisquer autos apensos, mas permitir que ele se recusasse a conhecer da impugnação, nesses mesmos casos, só porque deduzida nos autos da causa.

A não-suspensão do processo não significa que seja lícito o prosseguimento deste até ser proferida a sentença de mérito, estando pendente o incidente de impugnação. Chegado o momento de sentenciar, o juiz aguarda que este chegue ao fim, definindo o valor da causa antes de julgá-la.

O réu tem a faculdade de impugnar o valor da causa, ainda quando antes do momento para fazer a impugnação o juiz já haja, de-ofício, determinado a elevação ou redução do valor proposto pelo demandante. O exercício dessa faculdade é para o réu um *ônus* porque, não deduzindo a impugnação no tempo e pelo modo exigidos em lei, por *preclusão temporal* ele estará impedido de fazê-lo depois (art. 261, par. – *supra*, n. 999).

O ônus de impugnar inclui o de indicar o valor que o réu pretende seja fixado pelo juiz. Mas este não fica sempre vinculado ao valor proposto pelo réu, sendo-lhe permitido elevar menos do que este lhe pede ou mesmo ir além do valor pleiteado, nos casos em que o controle possa e deva ser feito também de-ofício.

Deduzida a impugnação e autuada em apartado a petição que a deduz, o patrono do autor será intimado a oferecer resposta a ela no prazo de cinco dias. Haverá depois a instrução que for necessária para o fim restrito do incidente, inclusive mediante realiza-

ção de prova pericial se for o caso (art. 261, *caput*). Feito isso e realizados todos os demais atos que em cada caso se façam necessários para atender à exigência do contraditório, o juiz decide o incidente no prazo impróprio de dez dias. Se acolher a impugnação, fixará o valor correto e, sendo o caso, determinará a complementação das custas iniciais, sob pena de extinção do processo (art. 257 – *supra*, n. 1.003).

A decisão sobre o incidente é *interlocutória* e não sentença, porque não define o resultado do processo nem julga o *meritum causæ* (CPC, art. 162, §§ 1º e 2º, c/c arts. 267 e 269 – *supra*, nn. 636, 651, 651-A e 652). Comporta, por isso, recurso de *agravo e não apelação* (art. 522).

1.115. intervenções de terceiros, provocadas

Quando o réu reage à demanda inicial pedindo a vinda de terceiro ao processo, ele com isso está dando vida a um *incidente inicial* a ser objeto de decisão pelo juiz; o terceiro será citado se o pedido da parte for deferido. Como modalidades de resposta, os pedidos de intervenção de terceiros, quando feitos pelo réu, subordinam-se ao prazo de quinze dias a partir da citação recebida, aplicando-se as regras ordinárias sobre fluência e contagem desse prazo (*supra*, n. 1.057). O processo fica suspenso, inclusive para o fim de apresentar outras espécies de respostas (suspensão imprópria – *supra*, n. 854), a partir do dia em que a parte apresenta em juízo o pedido de intervenção do terceiro (*supra*, n. 855) e até quando proferida a decisão em primeiro grau jurisdicional, sobre a intervenção.

Feita a *nomeação de terceiro à autoria* (*supra*, n. 599), o juiz faz intimar o patrono do autor para manifestar-se em cinco dias (art. 64), quando ele poderá (a) aceitar a nomeação, (b) silenciar (art. 68, inc. I) ou (c) recusar a nomeação. Nas duas primeiras hipóteses o autor recebe o ônus de providenciar a citação do nomeado (art. 65), sob pena de extinção do processo;¹ na última, fica

1. Ônus que pouco ou nada mais é do que adiantar despesas do oficial de justiça, em caso de citação por mandado.

sem efeito a nomeação (art. 65, 2ª parte). É rigorosamente unilateral a opção do autor entre aceitar e recusar a nomeação, porque esta se resolve na indicação da parte legítima passiva e, recusando o nomeado, é todo seu o risco de receber depois a pronúncia de uma carência de ação por má escolha do réu a quem endereçara a demanda (*supra*, n. 599). Se o autor tiver aceito a nomeação e o juiz determinar a citação do terceiro, também este poderá optar entre (a) aceitá-la, (b) silenciar, ficando revel, e (c) recusá-la (art. 66); o prazo para manifestar-se é o ordinário para a resposta, ou seja, quinze dias desde quando citado (sempre *supra*, n. 1.057). Se ele recusar a nomeação, o processo prossegue em face do réu originário, sem a inclusão definitiva do terceiro na relação processual; se a aceitar ou silenciar, ficará definitivamente integrado a ela e o réu originário, excluído (art. 68, inc. II).

Sempre que a nomeação não produza o efeito desejado pelo réu-nomeante, seja porque haja sido recusada pelo autor ou pelo terceiro, manda a lei que o prazo do réu para as demais respostas se considere *interrompido e não suspenso*. Ou seja, ele volta a ser computado sem desconto dos dias passados até quando feita a nomeação (art. 67).

Os incidentes provocados pela *denúnciação da lide* ou pelo *chamamento ao processo* são regidos por normas comuns a ambos (arts. 71, 72 e 79). O pedido de integração do terceiro ao processo é feito pelo réu em resposta à inicial e no prazo próprio a responder (arts. 71 e 78). O autor terá o prazo de cinco dias para manifestar-se, contados estes a partir de quando intimado seu defensor (art. 185); sua impugnação, para ser eficaz, fundar-se-á necessariamente em alegações no sentido de não ser admissível a intervenção pretendida pelo réu (*supra*, nn. 600 ss.) – e nunca em mera opção pessoal. Se o juiz deferir o pedido far-se-á a *citação* do terceiro. O ato que o defere ou que o indefere por fundamento de ordem processual é uma *decisão interlocutória* porque não contém um julgamento de mérito nem determina a extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 162, §§ 1º e 2º); mas quando o pedido de integração de terceiro à relação processual é rejeitado liminarmente por um fundamento de mérito, como a

decadência ou a prescrição, é *sentença* o ato que assim decide (art. 162, § 1º, c/c art. 269 – *supra*, nn. 651-A e 1.104-A). O Código de Processo Civil aparenta ser extremamente severo na fixação de prazos para essa citação, ao mandar que, sob pena de ineficácia da denunciação ou chamamento, ela se faça, quando no mesmo foro, em dez dias; e, quando em outro lugar, em trinta (art. 72, §§ 1º e 2º). O Superior Tribunal de Justiça, contudo, dá a esses dispositivos a dimensão adequada ao proclamar que a sanção contida no § 2º do art. 72 só se impõe quando o retardamento se der por fato ou omissão do denunciante, não do juízo; é da lei expressa que a parte não fica prejudicada “pela demora imputável exclusivamente ao Poder Judiciário” (art. 219, § 2º). Quando citado, o terceiro terá o prazo ordinário para apresentar sua resposta à litisdenunciação ou ao chamamento (quinze dias – Negrão-Gouvêa).

Pelo autor, a denunciação da lide é feita já com a demanda inicial (art. 71) e, sendo deferida, o denunciado e o réu principal serão desde logo citados. Para ambos, o prazo de resposta do denunciado começa a fluir depois de consumada a última citação (art. 241, inc. III – *supra*, n. 1.057).

Em todos esses incidentes, os atos do juiz são ordinariamente qualificados como *decisões interlocutórias* e, por isso, o recurso adequado é o agravo. Mas há pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça afirmando que “o despacho que ordena a citação do litisdenunciado é de mero expediente, o que implica sua irrecorribilidade”.

1.116. argüição de falsidade documental (infra, n. 1.161)

Cada uma das partes tem a faculdade de argüir de falso um documento produzido nos autos pela outra, ou a assinatura que ele contém, fazendo-o no prazo de dez dias “contados da intimação da sua juntada aos autos” (art. 390). Quando o documento já estiver ali no momento em que o réu é citado, essas impugnações são feitas como *resposta à inicial* e sujeitam-se ao prazo desta, principiado e contado segundo as regras ordinárias (*supra*, n. 1.057). A parte tem também a faculdade de argüir a falsidade documental

em contestação ou, sempre que o estado do procedimento o permita, em momentos mais adiantados; a diferença está na eficácia da decisão judicial que ele provoca por um modo ou por outro.

A disciplina da arguição de falsidade pertence ao capítulo da *prova documental* e ali ela comporta exame (*infra*, n. 1.161).

Capítulo LXXXVIII – ÔNUS DE RESPONDER E EFEITO DA REVELIA

1.117. ônus de afirmar e de responder – 1.118. controvérsia, objeto e ônus da prova civil – 1.119. modos pelos quais se cria controvérsia sobre os fatos – 1.120. a dimensão dos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil – 1.121. efeito da revelia e ônus da impugnação especificada dos fatos – 1.122. presunção relativa – 1.123. pontos de fato – alcance da presunção – 1.124. disposições particulares – 1.125. exclusões da presunção de veracidade (arts. 302, incs. I-III, e 320) – 1.126. outras exclusões – 1.127. presunções, solução extraordinária no sistema – 1.128. processo de conhecimento ou cautelar – 1.129. casos particulares

1.117. ônus de afirmar e de responder

A ordem processual conta com a vontade dos litigantes como mola propulsora que induz cada um deles a participar ativamente do processo civil mediante atos destinados a gerar resultados favoráveis. Como o melhor e mais autorizado juiz dos interesses de um sujeito é ele próprio, a lei institui *ônus* a cargo de cada uma das partes, sabendo elas que desempenhá-los é melhorar suas próprias oportunidades e negligenciá-los significa oferecer oportunidades melhores ao adversário. Ônus são imperativos *do próprio interesse* (*supra*, n. 494) e é a vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los.

O primeiro e mais amplo de todos os ônus impostos a ambas as partes é o *de afirmar*. O autor tem o ônus de afirmar suas razões para demandar adequadamente, sob pena de sequer abrir caminho para a tutela jurisdicional (princípio da demanda – *supra*, nn. 398 e 524). O réu tem o de fazer afirmações contrárias às do autor, com as quais estabelece controvérsias no processo e convida o

juiz a decidir conforme a prova e sua convicção (*supra*, n. 524). Como o canal tecnicamente adequado para criar essas controvérsias é a resposta que o réu pode oferecer à demanda inicial, logo que integrado ao processo ele se vê diante dessa importantíssima manifestação de seu ônus de afirmar, que é o *ônus de responder*.

Responder à inicial é por isso o comportamento normal e esperado do réu, para quem o processo constitui, tanto quanto para o autor, o prosseguimento civilizado e racional do conflito que os envolve. A omissão em responder constitui uma contradição psicológica do sujeito que vinha resistindo à pretensão do outro e depois, quando chamado a fazê-lo perante o único que pode decidir imperativamente a respeito – o juiz – vem a *baixar a guarda*, deixando de empregar as armas legítimas que a ordem jurídica lhe põe à disposição.

É esse o profundo fundamento ético dos preceitos com que o Código de Processo Civil exige do demandado a apresentação de uma resposta capaz de criar controvérsias sobre os fatos alegados pelo autor, sob pena de ficar este dispensado do ônus de provar o que alegou (arts. 302 e 319).

1.118. *controvérsia, objeto e ônus da prova civil*

Controvérsia é, em direito processual civil, o *conflito entre alegações incompatíveis entre si* (Carnelutti).¹ O autor afirma na inicial a ocorrência dos fatos constitutivos de seu alegado direito, com a finalidade de demonstrar ao juiz que esse direito existe e portanto ele tem direito à tutela jurisdicional que veio pedir. Opondo-se a eles, o réu faz afirmações contrárias às do autor, com as quais leva *dúvidas* ao espírito do juiz sobre a verdade dos fatos. E este, que não tem motivos para crer no que disse um ou no que disse o outro, necessita da *prova*, como meio técnico predisposto ao esclarecimento das dúvidas de fato, ou *questões de fato*.

1. Chama-se *razão* a “afirmação da existência ou inexistência de um fato, com a finalidade de levá-lo ao conhecimento de outrem, especialmente do juiz ou, em geral, do órgão judiciário”. Quando a razão exposta é premissa de um pedido, ela se chama *alegação* (sempre Carnelutti).

Convém evitar o emprego indiscriminado e atécnico do vocábulo *controvérsia*, como se fosse sinônimo de *causa*, de *litígio* ou mesmo de *processo*. No processo em que uma causa ou litígio é tratado, surgirão controvérsias, ou seja, discordâncias em torno de fatos ou da interpretação ou incidência de normas jurídicas, mas essas controvérsias não equivalem ao próprio litígio, à causa posta no processo ou ao processo mesmo.

Tal é a dialética da atividade básica dos sujeitos principais do processo e tal o comportamento normal, esperado do réu logo após citado. Ao criar controvérsias sobre os fatos constitutivos alegados na demanda inicial, ele está continuando em sua postura de resistência à pretensão do autor, sem a qual este não teria sequer tido a necessidade de servir-se dos serviços judiciários.

As dúvidas que o réu institui no processo ao afirmar fatos incompatíveis com os afirmados pelo ator chamam-se *questões de fato*. Lembrado que questão é *ponto controvertido de fato ou de direito*, ponto é o antecedente lógico da questão. É o fundamento posto por uma das partes e não controvertido pela outra. A questão de fato, porque *dúvida*, exige prova que a desfaça. O mero ponto, porque inatacado por dúvidas, independe dela.

Esses conceitos entram tecnicamente na teoria do processo civil pelo capítulo *objeto da prova*, no qual reside a definição das alegações dependentes desta e das que não dependem. Constitui objeto das atividades probatórias a realizar no processo o *conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa*, ficando fora desse campo as alegações não controvertidas, que independem de prova (*supra*, nn. 786-788). Passa-se depois ao capítulo do *ônus da prova*, portador da disciplina da distribuição entre os litigantes do encargo de demonstrar a veracidade das alegações feitas, sob pena de se considerarem contrárias à verdade; *ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo* (*supra*, nn. 792-794).

É assim o quadro referente aos ônus de *afirmar alegando*, de *afirmar negando* e de *provar*: a) fato não alegado não constitui

objeto da prova porque é irrelevante para o julgamento; b) fato alegado e não negado também não, porque o ponto pacífico o juiz aceita como certo; c) o objeto da prova engloba os fatos alegados e negados, sobre os quais se criou dúvida no espírito do juiz; d) as alegações que foram alvo de negativa pelo réu dependem de prova pelo autor, que é o interessado no reconhecimento de que falou a verdade dos fatos.

1.119. *modos pelos quais se cria controvérsia sobre os fatos*

A controvérsia sobre os fatos constitutivos alegados pelo autor é criada sempre que de alguma maneira seja posta diante do juiz uma negativa direta, uma versão fática diferente, uma razão lógica pela qual esses fatos não poderiam ter acontecido conforme descritos na inicial *etc.* – criando-se com esses comportamentos uma dúvida no espírito de quem vai julgar. Não importa o modo como a dúvida sobre o fato haja sido criada, o que importa é que ela haja sido criada no momento oportuno, que é o da primeira manifestação do demandado no processo. Essa primeira manifestação é a *resposta do réu*, que constitui sua *reação ao estímulo representado pela demanda inicial do autor* (*supra*, n. 1.054). Quando tocado pela citação recebida, é lícito ao réu reagir de diversos modos ao risco de ser atingido por uma sentença desfavorável, incluindo-se entre esses modos a implantação de dúvida sobre os fatos alegados pelo autor.

O canal ordinário e mais natural para questionar fatos constitutivos é a *contestação*, embora não seja o único. Das possíveis defesas do réu em contestação,² uma consiste, genericamente, em criar controvérsia sobre os fatos alegados pelo autor. Ele o faz: a) negando simplesmente o fato, sem propor outra versão; b) propondo outra versão dos fatos, diferente daquela sustentada pelo autor; c) argumentando no sentido de que os fatos não poderiam ter acontecido segundo a narrativa contida na petição inicial (*supra*, nn. 1.065-1.066). Por qualquer um desses modos o réu está

2. Negar fatos, negar-lhes a eficácia jurídica pretendida pelo autor, alegar fatos neutralizadores dessa eficácia ou suscitar matéria processual (preliminares – *supra*, n. 1.065).

pondo o juiz na *dúvida entre a verdade e a mentira*, sendo dever deste a busca da verdade segundo as técnicas inerentes à instrução processual e à prova.

Não é só na contestação que o réu cria controvérsias sobre fatos. Ele o faz, genericamente, sempre que por algum dos modos hábeis leva dúvida ao espírito do juiz sobre a veracidade do que o autor afirmou. Isso pode acontecer principalmente *na reconvenção conexa à demanda inicial*, em que o réu-reconvinte apresenta sua versão fática como apoio à demanda reconvenicional (art. 315 – *supra*, n. 1.095); ou na argüição de *falsidade documental*, onde o demandado pode impugnar a veracidade das afirmações do autor a partir da imprestabilidade dos documentos que exibiu (arts. 390 ss. – *supra*, n. 1.116, e *infra*, n. 1.161). Mas a implantação de questões sobre os fatos pode também estar na *exceção*, na *denúnciação da lide*, no *chamamento ao processo* ou mesmo na *impugnação ao valor da causa*, sempre que, em uma dessas possíveis reações iniciais, de algum modo o réu deixe claro que não aceita os fatos alegados pelo autor.

Nem só o réu cria controvérsias sobre fatos. O terceiro a quem o réu *denuncia a lide*, sendo posto na *dúplice condição de réu* em uma ação de regresso movida pelo denunciante e seu *assistente* em relação ao litígio inicial do processo (arts. 74 e 75 – *supra*, nn. 600 ss.), nessa segunda condição poderá defender o denunciante, negando fatos alegados pelo autor. O *chamado ao processo*, uma vez citado, torna-se litisconsorte do chamador e tem amplas oportunidades defensivas, inclusive para negar fatos (arts. 77-80 – *supra*, nn. 608 ss.). O *opoente*, que vem ao processo negar o direito do autor e o do réu para afirmar o seu, com muita probabilidade também o fará mediante negativa das afirmações contidas na petição inicial, gerando com isso controvérsia em torno dos fatos constitutivos ali alegados (arts. 56-61 – *supra*, n. 596).

Em todas essas situações o juiz tem diante de si a realidade de um processo só, onde se fará uma só instrução e todas essas demandas reunidas serão julgadas em sentença única. Seria insensato cogitar da cisão desses atos realizados pelo próprio réu ou por outros sujeitos litigantes, admitindo a possibilidade de o

juiz receber a negativa de fatos somente para o efeito de decidir sobre o pedido diretamente apoiado nela (p.ex., para julgar a reconvenção), sem levá-lo em conta para decidir sobre a demanda inicial. Uma vez implantada a dúvida fática no processo (questão de fato), ela fica *adquirida* por este e a sentença, que será única, deverá concluir de um modo só – ou que os fatos se deram como o autor afirmara, ou não. Não importa de onde ou de quem veio a afirmação contrária, o que importa é se veio ou não. Por isso, reputam-se controversas, e portanto dependentes de prova, todas as afirmações sobre fatos contidas na petição inicial e *de algum modo* negadas por algum sujeito processual.

O Código de Processo Civil assume essa premissa de bom-senso ao isentar um dos réus do efeito da revelia, quando algum litisconsorte passivo houver oferecido contestação (art. 320, inc. I – *infra*, n. 1.125). No art. 302, inc. III, estabelece-se que os fatos alegados na petição inicial não se presumem “se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto” – o que é uma confirmação quase explícita de que qualquer negativa feita nos autos gera controvérsia (ainda *infra*, n. 1.125).

1.120. a dimensão dos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil

Os arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil sancionam o descumprimento do ônus de responder adequadamente, dando por presumidos os fatos narrados na petição inicial e não negados no processo. O segundo deles institui o *efeito da revelia*, ao dispor que, “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”³ (art. 319); pelo primeiro, “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados” (art. 302). Lidos em conjunto, esses dois dispositivos mandam o juiz presumir os fatos não impugnados no processo, com a diferença de que, se o réu fica inteiramente omissos (revel), *todos* os fatos alegados permanecem incontestados e portanto todos se presumem (art.

3. Onde está *não contestar* leia-se *não responder*. Onde está *reputar-se-ão verdadeiros os fatos* leia-se *reputar-se-ão verdadeiras as alegações*. Fatos não dizem verdades ou mentiras, eles simplesmente existem ou não existem, ocorreram ou não ocorreram. Não há fatos não verdadeiros nem fatos mentirosos.

319); enquanto que, o réu contestando mas deixando de impugnar alguma alegação fática, somente se presumem os *atos não impugnados na contestação*.

Esses dispositivos devem também ser *lidos sistematicamente*, de modo a extrair deles as normas que realmente contêm, de acordo com o sistema processual civil tomado como um todo.

Assim, a ausência de contestação não gera o *efeito da revelia* quando por outro modo, sempre ao responder à inicial, o réu nega fatos. Ele não é sequer *revel* quando, embora sem *contestar*, responde reconvindo, denunciando a lide, chamando ao processo, impugnando o valor da causa ou argüindo a falsidade de documento acostado à petição inicial (*supra*, n. 1.119): *revelia é inatividade* e o fato de uma das possíveis respostas não ser apresentada não significa que o demandado esteja inativo no processo (*supra*, n. 1.062). Já pelo aspecto ético, portanto, não se legitima tratar com toda a severidade que o art. 319 aparenta o sujeito que, sem contestar, assim mesmo manifesta interesse em participar do combate a partir de quando o processo principia e ele é citado (*supra*, n. 1.117). Pelo aspecto técnico-processual, basta que de algum modo surja a controvérsia sobre fatos, para que eles se incluam no objeto da prova e o interessado tenha o ônus de prová-los. A força do *logos de lo razonable* afasta a interpretação do art. 319 no sentido de que ele fosse capaz de considerar incontroverso o fato para o fim de julgar a demanda inicial (porque o réu não contestou) e, ao mesmo tempo, exigir provas a respeito, para o fim de julgar a reconvenção ou alguma outra demanda deduzida pela própria parte ou por terceiro (*supra*, n. 1.119).

Do mesmo modo, a não-impugnação do fato, sancionada pelo art. 302, significa total ausência de sua impugnação *no processo*, ou seja, significa que em lugar algum o fato haja sido impugnado: se na contestação oferecida o réu deixa de negar algum dos fatos afirmados pelo autor na inicial mas na reconvenção ele o nega, o fato é controvertido para todos os efeitos; *idem*, se ele o nega ao denunciar a lide, chamar ao processo, argüir a falsidade documental *etc.*

1.121. *efeito da revelia e ônus da impugnação especificada dos fatos*

Nessas dimensões e assim interpretados, os arts. 319 e 302 do Código de Processo Civil são responsáveis pela imposição ao réu de dois ônus relativamente distintos mas entrelaçados, que são o de responder e o de, na resposta, impugnar todos os fatos alegados. O descumprimento do primeiro deles gera o *efeito da revelia*. O segundo é portador do *ônus da impugnação especificada dos fatos*. Em conjunto, eles criam o amplo ônus de responder *impugnando todos os fatos constitutivos alegados pelo autor*.

Efeito da revelia é o nome que, por antonomásia,⁴ o Código de Processo Civil dá a um destacado efeito desta, consistente na presunção de veracidade das alegações do autor (art. 319). A revelia tem outras conseqüências, mas tal locução transmite a idéia dessa, em particular.

Efeito da revelia não é o mesmo que revelia. Esta é a própria inatividade. Aquele, uma conseqüência jurídica da inatividade. Há casos em que, apesar da revelia, não ocorre o *efeito da revelia*, como está especialmente no art. 320 do Código de Processo Civil (*infra*, nn. 1.125-1.126). Em um processo de anulação de casamento, p.ex., se o réu não oferecer resposta alguma ele será *revel* e como tal tratado para outros fins (art. 322 – *supra*, n. 1.062), mas o efeito da revelia não se lhe aplica (art. 320, inc. II).

O efeito da revelia só incide quando o réu deixa de responder, de modo absoluto – sem contestar, sem reconvir, sem denunciar a lide *etc.* A simples ausência de *contestação* não é sequer sinal de revelia nem gera o seu efeito. Aplica-se no entanto a sanção do art. 302 se o réu, contestando ou simplesmente oferecendo aquelas outras espécies de resposta, assim mesmo deixar a descoberto de impugnação algum dos fatos constitutivos alegados na petição inicial (ressalvadas as hipóteses dos incs. I-III do art. 302).

4. *Antonomásia*: figura literária pela qual se indica o particular mediante vocábulo designativo do geral. Quando se diz *Deus*, não se alude a qualquer ente sobrenatural, segundo a crença de cada um, mas ao Deus dos cristãos. Quando se diz simplesmente *Faculdade de Direito de São Paulo* pensa-se desde logo na do Largo de São Francisco e não em alguma outra.

1.122. *presunção relativa (supra, n. 825)*

É relativa e não absoluta a presunção estabelecida pelos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil.

Pela técnica das presunções relativas, a lei exclui a necessidade de prova sobre um fato, o que significa que ele permanece fora do objeto da prova e o interessado, dispensado do *onus probandi* (art. 334, inc. III – *supra*, n. 821). O que autoriza o legislador a instituir presunções é o *juízo de probabilidade* que faz, sabendo que, no desenvolvimento das coisas do mundo e das relações entre as pessoas, há fatos que são ordinariamente indicativos da ocorrência de outros fatos (*supra*, n. 823). O efeito da revelia é ditado no art. 319 porque o legislador entendeu que a inatividade do réu seja significativa de seu desinteresse pela causa.

Diz o povo que *quem cala consente*. Talvez por influência desse conceito vulgar, muitos ainda tratam a revelia como uma *confissão ficta*, porque não contestar teria o significado de confessar fatos. Isso é incorreto. Na prática, a inatividade do réu pode ser motivada pelo reconhecimento da veracidade do que o autor alegou e existência do direito que postula, mas também pode dever-se a outros fatores, como ignorância, pobreza, displicência, erro do advogado, desatenção deste aos prazos *etc.* Não é esse o único caso em que a doutrina, por conhecer bem um fenômeno jurídico mas ter noções menos precisas quanto a outro, assimila o menos conhecido ao mais conhecido, como se fosse uma espécie dele. Embora a revelia possa produzir um dos efeitos da confissão, que é a presunção de veracidade e dispensa de prova (art. 334, incs. II-III), ela tem sua própria autonomia conceitual e funcional e não se confunde com ela. *A revelia não é uma confissão, sequer ficta.*

Como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre apreciação da prova segundo os autos (*livre convencimento*, art. 131 – *supra*, nn. 814 ss.), o juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existentes nos autos e levando em conta a racional probabilidade de que os fatos hajam ocorrido como disse o autor. A Lei dos Juizados Especiais, que impõe o efeito da revelia ao réu que não comparece, faz a expres-

sa ressalva: “salvo se o contrário resultar da convicção do juiz” (art. 20); essa é uma norma federal de direito processual, posterior ao Código de Processo Civil, que se impõe em todos os setores do processo civil nacional. A convicção contrária pode resultar da existência de prova nos autos, desmentindo ou pondo em dúvida as alegações do autor; essa prova pode ter sido produzida até por este mesmo (princípio da aquisição da prova) ou pelo réu que, embora apresentando resposta tardia e por isso sendo revel, haja trazido documentos aos autos (*supra*, n. 802).

A relativização do efeito da revelia e do ônus da impugnação especificada dos fatos é uma constante na jurisprudência brasileira (*supra*, n. 788, e *infra*, n. 1.126).

1.123. pontos de fato – alcance da presunção

As presunções por revelia ou por falta de inteireza da contestação (arts. 319 e 302) incidem, como é natural em toda presunção, sobre *fatos*. Embora presunção não seja *meio* de prova, ela constitui um expediente que atua no campo do fato e da prova, facilitando a uma das partes a obtenção do reconhecimento, pelo juiz, da ocorrência do fato de seu interesse (*supra*, nn. 822 e 825). Não obstante a revelia, os pontos de direito serão definidos segundo o entendimento do juiz, o qual tem sempre o dever de impor a norma pertinente, seja ela favorável ou contrária ao revel. Isso significa que as omissões do réu conduzem o juiz, simplesmente, a aceitar os *fatos* afirmados pelo autor, não necessariamente a decidir a causa em favor deste. Ao interpretar o direito, o juiz fará ordinariamente o controle de todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, extinguindo o processo *ex officio* quando faltar algum, apesar de o réu estar omissos e, obviamente, nada haver suscitado a respeito (*supra*, n. 850); também interpretando o direito, o juiz julgará improcedente a demanda inicial sempre que os fatos constitutivos, ainda que tomados por existentes, não produzam perante o direito material a consequência afirmada pelo autor. *Nenhuma presunção incide sobre o direito.*

Nenhuma presunção, também, incide sobre os *direitos subjetivos*. Se o autor os tem ou não, isso será verificado pelo juiz à luz

das normas do direito objetivo. Sequer a confissão, que é a explícita admissão do fato desfavorável, tem o efeito de aceitação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor (*infra*, n. 1.198). A conduta pela qual o réu se submete à pretensão deste é o *reconhecimento do pedido* e não a confissão nem a revelia (*supra*, n. 932).

1.124. disposições particulares

Há outros dispositivos do Código, menos amplos que os arts. 302 e 319, que sancionam certas inatividades das partes com a presunção de veracidade das alegações do adversário.

O § 1º do art. 343, situado no capítulo do *depoimento pessoal*, estabelece que “a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor”. Também essa presunção é relativa e deve ser apreciada à luz de toda a prova que os autos já contenham e também sem a capacidade de valorizar improbabilidades (*infra*, n. 1.192).

Tanto esse parágrafo quanto o § 2º do mesmo art. 343 cometem a impropriedade de tratar a presunção como *confissão ficta* (*infra*, n. 1.192).

Na disciplina da ação de consignação em pagamento, o art. 897 do Código de Processo Civil diz que *o juiz julgará procedente o pedido* quando o réu for revel. É pacífica, todavia, a interpretação sistemática desse dispositivo à luz dos arts. 131 e 319, e portanto do poder de livre convencimento – de modo que no máximo o juiz presumirá verdadeira a versão fática contida na petição inicial, mas só acolherá o pedido se for o caso, segundo as normas de direito. Como sempre, a presunção incide apenas sobre fatos, não sobre o direito – e, menos ainda, sobre a existência de direitos subjetivos ou obrigações (*supra*, nn. 818 e 1.123).

1.125. exclusões da presunção de veracidade (arts. 302, incs. I-III, e 320)

Há várias hipóteses em que, por força de lei ou por interpretação doutrinária ou jurisprudencial, deixa de ser aplicável o efeito

da revelia, instituído no art. 319 do Código de Processo Civil, bem como a sanção análoga, presente em seu art. 302. Nesses casos não se imporá a presunção de veracidade, ainda que o réu fique revel e não crie controvérsia alguma no processo (*supra*, n. 788) – sempre lembrado que aquela é um estado de fato e este, uma sanção imposta ou excluída pela lei, segundo seus critérios.

Os incisos dos arts. 302 e 320 do Código de Processo Civil indicam os casos em que aquelas presunções não incidem. As linguagens diferem mas as disposições coincidem em grande parte, porque são da mesma ordem as sanções que os arts. 319 e 302 cominam à revelia e à resposta incompleta.

O inc. I do art. 302 diz que não se presumem os fatos não impugnados na contestação “se não for admissível a seu respeito a confissão”. Fatos cuja confissão é ineficaz perante o direito são os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de *direitos indisponíveis*, como está explícito no art. 351 do Código de Processo Civil. Mais diretamente, o inc. II do art. 320 diz que não se aplica o efeito da revelia “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”. O Código Civil oferece um caminho para interpretar tal locução, ao dizer que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (art. 841). A transação é ato de disposição de direitos e, por isso, tal enunciado legal deixa entender que não são suscetíveis de disposição os direitos não-patrimoniais e aqueles de caráter público. Consideram-se fora das presunções *ex arts. 302 e 319* do Código de Processo Civil, em razão da *natureza não-patrimonial* dos direitos em causa, os fatos relativos a litígios envolvendo estado e capacidade das pessoas, como a ação de anulação de casamento, a de separação judicial ou divórcio *etc.* Em razão da natureza pública da relação jurídica litigiosa, prevalece a tese de que a Fazenda Pública não está sujeita ao efeito da revelia nem à sanção estabelecida no art. 302 do Código de Processo Civil.

Há precedentes de tribunais dos Estados no sentido de ser admissível o efeito da revelia nos processos de separação judicial porque a sociedade conjugal é suscetível de dissolução também por ato dispositivo dos cônjuges (separação consensual). Em posição

intermediária, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que, embora a própria separação se sujeite a esse regime de disponibilidade, a ele não se sujeitam certos efeitos dela, como a guarda de filhos; no que diz respeito a esses efeitos indisponíveis, não se aplicam o efeito da revelia nem a sanção do art. 302 do Código de Processo Civil (Negrão-Gouvêa).

Não é correta a afirmação de que sejam indisponíveis todos os direitos e interesses do Estado. Quando se trata de litígios em torno de *bens dominicais*, sobre os quais este exerce direito de propriedade (e tal é o dinheiro), não há indisponibilidade e o correto é aplicar as sanções que o Código de Processo Civil destina aos réus inativos; isso não acontece com os litígios envolvendo bens de uso comum, que são indisponíveis. Mas a jurisprudência privilegia sistematicamente o Estado, deixando-o sempre fora do alcance do efeito da revelia.

O inc. II do art. 302 e o inc. III do art. 320, empregando rigorosamente a mesma redação, dizem que as sanções à inércia do réu não se aplicam “se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato”. Esses documentos são *indispensáveis à propositura da demanda* e por falta deles a petição inicial deveria até ter sido indeferida (arts. 283-284 – *supra*, n. 1.006); conseqüentemente, sequer a citação deveria ter sido feita e a revelia, portanto, não pode jamais produzir seu efeito típico.

Esses dispositivos associam-se ao disposto no art. 366 do próprio Código de Processo Civil, segundo o qual, “quando a lei exigir como substância do ato o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta” (*supra*, n. 781). Trata-se dos casos em que o documento não atua como prova do ato, mas de indispensável elemento formal inerente ao próprio ato jurídico; tal é a chamada prova solene, ou *ad substantiam*, exigida pela lei material em alguns casos. Como se trata de requisito de direito material sem o qual o ato não existe ou não é válido (CC, art. 108), o silêncio do réu não dispensa o autor de apresentá-los em juízo, nem a incontrovérsia é fator de dispensa de prova.

O inc. I do art. 320, que não tem equivalente explícito no art. 302, afasta o efeito da revelia nos casos em que, “havendo pluralidade de réus, um deles contestar a ação”. Quando algum dos

litisconsortes passivos responde à inicial e os outros não, as controvérsias criadas pela contestação oferecida integram a massa de questões a serem objeto do conhecimento do juiz e influirão no teor da sentença única a ser proferida em face de todos. Por isso, seria insensato isolar as situações dos diversos réus, prestigiando irracionalmente a formal afirmação de que *os atos e omissões de um dos litisconsortes não favorecem nem prejudicam os demais* (o falso dogma da autonomia dos litisconsortes, art. 48 CPC – *supra*, n. 571): o autor tem o ônus de provar o que afirmou, sem distinção entre quem respondeu e quem não respondeu. Essa regra, contudo, em decorrência de seu próprio fundamento lógico, aplica-se exclusivamente aos casos *em que o fato negado só por um seja relevante para a defesa de todos*. Se o devedor principal ficar revel e o fiador contestar alegando somente que é falsa sua própria assinatura no documento exibido como fundamento da inicial, essa defesa aproveita só a quem a fez e deixa incontroversos os demais fatos alegados nesta. Conseqüência, não se aplica o disposto no inc. I do art. 320 e o revel suportará o efeito da revelia. A lógica desse raciocínio torna indiferente a natureza do litisconsórcio, se unitário ou comum (sempre *supra*, n. 571). Nos casos em que todos os litisconsortes ofereçam resposta à inicial mas um deles deixe de cumprir o ônus da impugnação especificada dos fatos (art. 302), também ali a impugnação feita por um ou alguns cria controvérsia suficiente para excluir a presunção de veracidade, em benefício de todos, na medida da relevância que o fato controverso tenha para os demais.

O inc. III do art. 302, ao excluir a presunção de veracidade quando os fatos alegados pelo autor “estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”, é a confirmação de que qualquer modo de criar controvérsia sobre fatos gera a necessidade de prová-los. A própria contestação produzirá esse resultado quando o réu, sem negar formalmente a versão do autor, apresentar outra, incompatível com ela (*supra*, n. 1.066); mas a locução *defesa considerada em seu conjunto* tem amplitude maior do que as palavras podem insinuar e significa que qualquer controvérsia, lançada em qualquer peça de resposta, afasta

a presunção de veracidade instituída pelo *caput* do artigo (*supra*, n. 1.119).

No parágrafo do art. 302 estão três exclusões da regra presuntiva do *caput*, estabelecidas em razão da qualidade das pessoas (defensor dativo, curador especial e Ministério Público). Ao réu patrocinado por *defensor dativo* ou mesmo por uma Defensoria Pública não se impõe o ônus da impugnação especificada, porque o legislador tem consciência das dificuldades enfrentadas por esses defensores para prestar seus serviços a toda a massa de beneficiários, com a desejada eficiência; mas não basta que se trate de réu beneficiário da assistência judiciária, sendo indispensável que a defesa esteja a cargo de uma Defensoria Pública ou órgão assemelhado. O réu defendido por *curador especial* é o revel trazido ao processo por citação ficta (art. 9º, inc. II) e, como ordinariamente o defensor nomeado não tem sequer contato com ele, é natural que pouco ou nada tenha a alegar sobre o mérito (*supra*, nn. 1.032 e 1.063); daí a sensatez da exclusão da presunção de veracidade nessa hipótese. O Ministério Público também fica imune à regra do art. 302, porque patrocina interesses públicos, sobre os quais não tem poder de disposição (*supra*, nn. 369 e 622).

Essas regras, conquanto formalmente endereçadas aos casos de contestação somente incompleta (ônus da impugnação especificada – art. 302), em parte prevalecem também quanto ao *efeito da revelia* (art. 319), o qual não se aplica (a) ao citado por edital ou com hora-certa, porque sua revelia não é uma ato de desídia, mas vicissitude decorrente das incertezas de uma citação ficta, nem (b) ao Ministério Público, porque as omissões deste não podem gravar os interesses públicos, que tem o dever de defender. Mas o *revel citado por correio ou por mandado* suporta sim o efeito da revelia ainda quando depois venha a ser patrocinado por uma Defensoria Pública – simplesmente porque, quando da citação, ele já fora advertido da necessidade de responder à inicial (CPC, art. 285) e, depois, o ingresso da Defensoria é fato meramente ocasional, ocorrido depois de já consumados a revelia e seu efeito. Nem a sanção ditada pelo art. 302, nem o efeito da revelia, devem ser excluídos em relação à Fazenda Pública (mas a jurisprudência não é bem assim).

1.126. outras exclusões

À margem das disposições legais específicas, a doutrina e os tribunais desenvolveram um contexto de hipóteses nas quais também não se aplica o disposto nos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil, todas elas girando em torno do princípio racional que rege essas sanções e da excepcionalidade da dispensa de prova de fatos alegados (*infra*, n. 1.127).

A mais notória é a exclusão da presunção de veracidade em relação a *fatos impossíveis ou improváveis*, que tem por fundamento o poder de livre convencimento do juiz (art. 131) e constitui uma ressalva imposta por respeito à inteligência deste, a quem não é lícito impor falsas convicções, contrárias ao senso-comum (*supra*, n. 788). *Impossíveis*, para esse efeito, não são somente fatos contrários às leis naturais ou a dogmas da matemática, mas também aqueles cuja ocorrência a lógica exclui, nas circunstâncias das pessoas, do lugar, do tempo e do próprio contexto histórico descrito na petição inicial. *Improváveis* são aqueles de que o espírito do homem comum tem mais razões para descrer, do que para crer (Malatesta). Tanto a impossibilidade como a improbabilidade do fato alegado são aferidas com grande carga de subjetivismo e influências culturais daquele a quem são alegadas. Um milagre de Deus é para o crente um fato possível, ainda que extraordinário e portanto pouco provável; para os céticos, impossível. Ambos ficam excluídos das presunções estabelecidas nos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil, mas a quem os houver alegado é indispensável que se ofereça a oportunidade de comprová-los, justamente porque o poder do juiz não chega ao ponto de impor arbitrariamente sua descrença e isso transgrediria as garantias constitucionais de acesso à justiça e direito à prova.

Também são insuscetíveis de presunção as alegações que se contraponham a *fatos notórios*. Estes independem de prova (art. 334, inc. I – *supra*, n. 789) mas ainda assim a alegação contrária não deve ser privada da oportunidade de demonstração por aquele que a fez, também porque a notoriedade é um fenômeno cultural e tem um teor de subjetividade que não deve sobrepor-se às garantias constitucionais.

Os juízos e tribunais excluem ainda o efeito da revelia quando o réu comparece à audiência inicial do *procedimento sumário* desacompanhado de advogado e portanto sem oferecer resposta (porque só o profissional habilitado pode fazê-lo) mas em depoimento pessoal apresenta uma versão verossímil dos fatos, suficiente para pôr em dúvida a do autor.⁵ A verossimilhança da versão contrária à do autor é fator de comprometimento da segurança para julgar, o que deve levar o juiz a exigir daquele a prova do alegado.

1.127. *presunções, solução extraordinária no sistema*

As disposições contidas nos arts. 302 e 319 do Código de Processo Civil têm o notório objetivo de *aceleração processual mediante a facilitação da prova*, ao favorecerem a dispensa da prova dos fatos alegados (v. art. 334, inc. IV), reduzindo com isso a cognição a cargo do juiz e podendo desaguar na possibilidade do julgamento antecipado do mérito (art. 330, inc. II – *infra*, n. 1.137). Mas soluções como essas são extraordinárias no sistema, na medida em que podem desviar o processo de seu institucionalizado objetivo de *oferecer tutela jurisdicional justa a quem tiver razão*. Esse objetivo é inerente à garantia constitucional do *acesso à justiça*, que maciçamente a doutrina reconhece estar presente no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal. A aceleração processual, nos casos acima indicados, reputa-se eticamente legitimada pela conduta omissiva do próprio demandado, que não respondeu, ou não respondeu adequadamente – mas não é legítimo impô-la além dos limites do ético e do que a lei estatui. *O ordinário é provar, presumir é extraordinário*.

Essa premissa metodológica fundamental transparece em diversas regras, postas expressamente pela lei ou integradas à prática dos juízos, com que se mitigam rigores em relação ao réu negligente. Uma delas, importantíssima, é a *relatividade das presunções* decorrentes da negligência: o juiz sobrepõe a estas a sua *convicção contrária*, não para negar desde logo o fato que a lei

5. O juiz tem o poder de tomar o depoimento da parte ainda sem requerimento do adversário (art. 342).

manda presumir mas para exigir que o autor prove o que alegou (*supra*, n. 1.122). No momento de julgar a causa ele decidirá com fundamento em um racional equilíbrio entre a presunção ditada em lei e o que os autos contiverem (art. 131). A *convicção contrária* pode resultar de documentos existentes nos autos, de informações trazidas pelo próprio revel, das máximas de experiência do juiz (CPC, art. 335 – *supra*, n. 828), da notoriedade de fato contraposto ao que o réu não impugnou *etc.*

O conhecimento *extra autos* dos fatos relevantes para o julgamento da causa (ciência privada) é severamente excluído como elemento de convicção para julgar (arts. 131 – *supra*, n. 816) mas seria arbitrário e irracional impor ao juiz a presunção de fatos que ele sabe não terem ocorrido. Razoavelmente, ele exigirá que o autor os comprove e julgará afinal segundo a prova dos autos e não segundo sua ciência privada.

Para não impedir que venham aos autos elementos capazes de reconstituir a verdade apesar das presunções *ex arts. 302 e 319, três comportamentos* impõem-se ao juiz.

Primeiro. O primeiro deles consiste em permitir ao omissor a *produção de prova*, sempre que ele se faça ativo em tempo ainda útil; como a lei manda suspender o tratamento de revel ao réu que vem a comparecer (art. 322 – *supra*, n. 1.062), se ele comparecer e produzir provas estas serão tomadas em conta pelo juiz, embora isso não implique desfazer a presunção. Negar-lhe essa oportunidade importaria transgressão à garantia constitucional do direito à prova (*supra*, n. 782), a qual não pode ficar à mercê da aplicação excessivamente severa de regras infraconstitucionais sobre a revelia. “O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno” (Súmula n. 231 STF).

Segundo. O direito do revel a produzir prova impõe que todo documento trazido aos autos pelo revel *ali permaneça apesar da revelia*. Se esta ocorreu porque o demandado simplesmente se atrasou e ofereceu sua resposta após decorrido o prazo, os documentos trazidos com ela não devem ser desentranhados e servirão como apoio para o racional julgamento do juiz, que os considerará ao decidir. O desentranhamento seria negação do disposto no art.

322 do Código de Processo Civil porque a resposta intempestiva já é um ato de comparecimento, que livra o réu, daí por diante, do tratamento reservado aos revéis (*supra*, n. 1.062); seria uma ridícula ingenuidade fazer desentranhar os documentos, porque intempestivos, e logo em seguida permitir sua volta, porque ao revel que comparece se permite provar.

No momento da revelia ou da não-impugnação específica o autor ficou liberado do ônus de provar e seria contrário ao direito positivo considerar que essa presunção já consumada fosse neutralizada por um comportamento extemporâneo do demandado. Como toda presunção se resolve em *inversão do ônus probatório* (*supra*, nn. 796-797), o réu que se dispõe a provar tem o ônus de convencer o juiz do contrário, não-obstante a regra que em tese atribui ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito (art. 333, inc. I); e nisso consiste a inversão do ônus da prova. A consequência prática é que, permanecendo a dúvida ao cabo da instrução, o juiz julgará os fatos constitutivos *como ocorridos e não como não-ocorridos*, como ordinariamente faria; a inversão do ônus da prova é, essencialmente, inversão da *regra de julgamento* (*supra*, n. 801).

Terceiro. Sempre para permitir ao juiz uma visão menos imperfeita dos fatos relevantes, valendo-se racionalmente de todos os elementos legítimos que possam influenciar sua convicção, impõe-se que ele *deixe nos autos também a contestação intempestiva*. Desentranhá-la seria fechar deliberadamente os olhos para informações que poderiam ajudá-lo a julgar bem. Obviamente, a petição tardia que fica nos autos não produzirá os efeitos processuais de uma contestação, de uma reconvenção *etc.*, valendo somente como fonte de informações úteis. Sua permanência não compromete em nada o efeito da revelia, então já consumado; o réu continua com o ônus de provar em contrário às alegações fáti- cas do autor e, na dúvida, o juiz as aceitará porque presumidas.

1.128. processo de conhecimento ou cautelar

Revelia, efeito da revelia e ônus de responder são institutos relacionados com o *julgamento de mérito* a ser proferido pelo juiz.

No processo de conhecimento e no cautelar, em que uma das partes alega fatos e a outra nega, em que a prova é produzida e o juiz julga por sentença, o julgamento é facilitado pela presunção dos fatos alegados pelo autor; mas no executivo, na fase de execução e no monitório, em que não se produz *sentença de mérito*, não há lugar para o ônus de responder e muito menos para as sanções conseqüentes ao descumprimento desse ônus. No *processo executivo autônomo* o demandado recebe citação com o convite a cumprir sob pena de constrição sobre o bem (penhora *etc.*); na execução por *cumprimento de sentença* ele é intimado também para cumprir, não para responder; se não cumprir (seja no processo autônomo executivo, seja no cumprimento de sentença), o bem será constrito e, realizadas as providências necessárias, servirá para satisfazer o direito do credor (arts. 621, 632, 652). E no *monitório* ele recebe o comando a entregar o bem, sob pena de execução; não o entregando, principia-se esta, que também terminará com a entrega do bem ao autor, por ato do Estado-juiz (arts. 1.102-b e 1.102-c). A existência ou inexistência do direito do autor só poderá ser objeto do processo da *impugnação* ou dos *embargos*, quer à execução, quer ao mandado monitório, que o demandado oporá eventualmente e por iniciativa própria; a impugnação e os embargos são outro processo, não meras partes ou fases do processo executivo ou do monitório (*infra*, nn. 1.291 e 1.746-A).

1.129. casos particulares

A premissa de que a presunção de existência dos fatos constitutivos é uma sanção à inércia do réu (*supra*, n. 1.117) oferece solução segura para uma série de hipóteses não especificadas em lei, às quais ela se aplica ou deixa de aplicar-se à vista do comportamento daquele.

Têm o ônus de responder e de fazê-lo adequadamente não só o réu originário, em face do qual foi proposta a demanda inicial do processo, como também o *litisdenuciado*, o *chamado ao processo* e o *nomeado à autoria*, os quais, cada um a seu modo, também são réus de uma demanda incidente ao processo (*supra*, nn. 599,

600 ss. e 608 ss.). Na *oposição interventiva* (*supra*, n. 596) os opositos serão sancionados pela presunção de veracidade se nenhum deles impugnar os *novos* pontos de fato alegados pelo oponente; um deles fazendo a impugnação, já não se aplica esse efeito a nenhum (art. 320, inc. I).

Não há efeito da revelia em relação à *reconvenção*, porque o reconvinde já é autor no processo, está presente e não é revel: o ato de propositura da demanda inicial já é suficiente manifestação de interesse. A *ação declaratória incidental*, que o réu propõe pela via da reconvenção, deve ser tratada do mesmo modo que esta (*supra*, nn. 1.105 ss.). Também nos *embargos ao mandado monitório*, o embargado, que é o mesmo autor do processo monitório, já está em juízo, já manifestou interesse e portanto não suportará o efeito da revelia; *idem*, na impugnação ou nos embargos à execução. Em todos esses casos, todavia, é razoável o entendimento de que, não sendo respondida a reconvenção, a ação declaratória incidental ou os embargos ou impugnação, presumem-se verdadeiros os fatos que não colidam com as alegações fáticas deduzidas pelo demandante ao propor a demanda inicial do processo de conhecimento, do monitório ou da execução; quanto aos que colidirem ocorrerá desde logo uma *controvérsia* que impede qualquer presunção (*supra*, nn. 1.117-1.118).

Também em *ação rescisória* não há o efeito da revelia nem a sanção ditada pelo art. 302 do Código de Processo Civil. A *coisa julgada material* tem um valor muito grande no sistema e é garantida constitucionalmente (Const., art. 5º, inc. XXXVI), sendo extraordinários os casos em que pode ser elidida (art. 485).⁶ Por isso seria ilegítima a facilitação da procedência da ação rescisória em razão daquelas presunções ditadas no plano infraconstitucional e fundadas em razões que não têm o mesmo peso nem função social tão importante quanto a da *auctoritas rei judicatae*.

6. Sem nada dizer, neste ponto, sobre a *relativização da coisa julgada* (*supra*, n. 958-A).

Capítulo LXXXIX – A FASE ORDINATÓRIA E O SANEAMENTO DO PROCESSO – JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO – AUDIÊNCIA PRELIMINAR

1.130. a fase e as atividades – saneamento – 1.131. a estrutura da fase ordinatória – 1.132. manifestações do autor (arts. 326-327) – 1.133. especificação de provas (art. 324) – 1.134. regularização do processo e do procedimento – 1.135. julgamento conforme o estado do processo – 1.136. extinção sem julgamento do mérito (art. 329) – 1.137. julgamento antecipado do mérito: desnecessidade de provas (art. 330) – 1.138. das providências preliminares ao saneamento do processo ou à audiência preliminar – 1.139. a audiência preliminar (art. 331) – conteúdo e objetivos – 1.140. conciliação – 1.141. prosseguimento da audiência preliminar – 1.142. o resultado da fase ordinatória: saneamento do processo – 1.142-A. saneamento do processo sem realizar a audiência preliminar

1.130. a fase e as atividades – saneamento

Fase ordinatória, como o nome diz, é o *segmento do procedimento ordinário em que se põe ordem no processo*. Na concepção brasileira do procedimento ordinário, logo que termina a fase postulatória o juiz toma decisões e determina providências destinadas a *eliminar defeitos* e a dar *impulso* ao procedimento, para que ele possa receber a *instrução* mediante a prova e depois chegar à sentença de mérito (*supra*, n. 986). Esse conjunto de atividades chama-se *saneamento do processo* e sanear significa sanar, curar, purificar. O juiz saneia o processo (a) oferecendo oportunidades para que as partes exerçam plenamente o contraditório, (b) impondo exigências destinadas a eliminar irregularidades e (c) organizando as atividades probatórias a serem desenvolvidas

na fase subsequente (instrutória). Os atos ordinatórios constituem exercício do poder jurisdicional e o juiz tem o poder-dever de realizá-los a requerimento de uma das partes ou mesmo *ex officio*, porque é seu dever fazer constantemente o controle da presença dos pressupostos sem os quais o julgamento do mérito não é admissível (*supra*, nn. 511 e 850).

Reafirma-se que a rigor a fase ordinatória, como todas as outras fases do procedimento ordinário, ficou reduzida a mera *subfase* a partir de quando o próprio conhecimento passou a ser uma fase do processo sincrético integrado por ela e pela de execução (*supra*, n. 972).

Isso não quer dizer que todo o controle de regularidade processual seja feito exclusivamente na fase ordinatória nem que essa fase contenha apenas atos de purificação processual. O controle dos pressupostos é feito desde o início do procedimento e vai até quando chega o momento de sentenciar (*supra*, n. 849). Por outro lado, residem na fase chamada *saneadora* certos atos que não são de saneamento, como a *extinção do processo* (art. 329) e o *julgamento antecipado do mérito* (art. 330). O primeiro é a *sentença* a ser proferida quando o processo estiver definitivamente comprometido por defeitos que desde logo indiquem a impossibilidade de julgar o mérito; não se trata de um ato de saneamento, mas da consequência de não ter sido possível sanear. O segundo é também uma *sentença* e se profere quando não houver necessidade de realizar a fase instrutória (*infra*, nn. 1.136-1.137). Sentença terminativa na primeira hipótese e de mérito, na segunda. Nenhum desses dois atos é ato de saneamento mas é natural que seja assim; a divisão do procedimento em fases é somente o resultado de construções doutrinárias e conceituais, tendo finalidade didática para melhor compreensão do sistema, sem a necessidade do rigorismo formal de uma separação precisa e estanque (*supra*, n. 984).

Inexplicavelmente, o Código inclui também a *ação declaratória incidental* entre os dispositivos atinentes à fase ordinatória, sem que nada ela tenha de saneamento processual (art. 324 – *supra*, nn. 1.105-1.112).

1.131. a estrutura da fase ordinatória

As atividades propriamente saneadoras, disciplinadas no capítulo específico do Código de Processo Civil, são as *providências preliminares* e as que se realizam na *audiência preliminar* (arts. 324, 326, 327, 328 e 331).

No plano traçado pelo Código de Processo Civil, depois de oferecida a contestação o procedimento ordinário deve prosseguir mediante os seguintes passos: a) o juiz faz intimar o autor para dizer sobre preliminares ou sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu em contestação (arts. 326-327); b) depois, manda que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir (art. 324); c) tenha ou não tenha sido alegado algum vício que possa impedir o futuro julgamento do mérito, o juiz faz esse controle e, se for o caso, dá à parte oportunidade para proceder à regularização (art. 327, *fine*); d) cumpridas as exigências, ou se nenhuma houver sido imposta, ele designará a audiência preliminar (art. 328 c/c art. 331).

Esse é o fluxo normal do procedimento, que acontece quando o processo está ou vem a ficar em ordem, as condições da ação estão presentes e os pressupostos processuais, satisfeitos. O processo vai então, se for o caso, à *audiência preliminar*, onde (a) tenta-se a conciliação entre as partes, (b) decidem-se eventuais questões processuais remanescentes, (c) se o processo não for extinto logo nesse momento, fixam-se os pontos de fato a serem objeto de prova, (d) determinam-se as provas que se realizarão e (f) designam-se dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (art. 331, *caput* e §§ 1º e 2º).

Mas, sempre a teor do disposto no art. 328, duas ordens de situações podem configurar-se, que impedem o procedimento de seguir sua trilha normal e portanto excluem a realização da audiência preliminar. A primeira, que ocasiona a pronta *extinção do processo sem julgamento do mérito*, é a falta de algum pressuposto para esse julgamento, não sendo possível a regularização ou não tendo o autor suprido o que faltasse: o juiz profere nesse caso uma sentença terminativa e o processo termina (*extinção do processo* – art. 329). A segunda razão que impede a designação

da audiência preliminar é a eventual desnecessidade de provar, que ocorre nas hipóteses figuradas nos dois incisos do art. 330 do Código de Processo Civil; nesses casos e estando presentes todos os pressupostos, o juiz decide desde logo a causa, mediante o *juízo antecipado do mérito*.

Nesse momento de decisão, que o Código de Processo Civil denomina *juízo conforme o estado do processo*, o juiz (a) ou manda o processo para a frente, mediante a solução ordinária e normal, consistente na designação de audiência preliminar, (b) ou o extingue se não tiver como prosseguir, (c) ou julga antecipadamente o mérito se ele estiver regular e não for necessário produzir provas.

1.132. manifestações do autor (arts. 326-327)

Os arts. 326 e 327 do Código de Processo Civil, mandando que o juiz ofereça ao autor oportunidade para se manifestar sobre fatos novos ou sobre preliminares, cumpre exigência contida na garantia constitucional do *contraditório*. Assim como na contestação o réu diz sobre os fatos e fundamentos da demanda, assim também dirá o autor sobre as defesas processuais ou os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que o réu tiver alegado. É sadia a prática, ordinária nos juízos em geral, consistente em dar tal oportunidade ao autor ainda quando a contestação não suscite preliminares nem alegue fatos novos, porque a abertura do processo aos debates mais amplos constitui sempre fator de maior esclarecimento do espírito daquele que vai julgar. Essa *vista* é também *necessária* quando o réu, sem fazer aquelas alegações novas, tiver trazido *documentos* junto com a contestação (art. 398).

Esse jogo de alegações e impugnações ocorre também quando no processo foi deduzida reconvenção, ou quando interveio algum terceiro. Sempre que haja alegações novas, feitas em momento oportuno, ou que documentos sejam trazidos aos autos, é indispensável abrir ao adversário a oportunidade para manifestar-se.

O prazo para tais manifestações é de *dez dias* (arts. 326-327), mas não dotado de preclusividade imediata. Devem ser levadas

em consideração as manifestações trazidas mesmo depois de exaurido o prazo, sempre que não houverem ainda sido criadas situações incompatíveis no desenvolver do procedimento.

Assim são as *preclusões mistas*, que não se impõem pelo simples decurso do prazo, mas por esse fato *mais* o desenrolar do procedimento (Liebman – *supra*, n. 633). Se o juiz já houver extinto o processo ou julgado antecipadamente o mérito, desde que o haja feito depois de decorridos os dez dias para a manifestação, esta já não terá como ser aproveitada.

1.133. especificação de provas (art. 324)

Depois de oferecida a contestação pelo réu, eventual reconvenção, resposta a ela, manifestações sobre fatos novos ou preliminares *etc.*, a cada uma das partes compete o juízo inicial sobre a necessidade de provar o que alegou. Conscientes do ônus da prova que incide sobre cada uma (*supra*, nn. 794 ss.), elas requererão ao juiz a realização dos meios de prova de sua conveniência, dando início ao *procedimento probatório* mediante esses atos de *propositura da prova* (propositura, admissão, realização e valoração constituem os *momentos da prova*, segundo conceituadíssima doutrina – *supra*, n. 806).

O Código de Processo Civil põe o art. 324 sob a rubrica *do efeito da revelia* (v. ao alto do art. 324), quando esse dispositivo cuida de providência a ser tomada justamente quando não ocorre tal efeito. Não se sabe por que agiu dessa maneira o legislador. Se o réu não houver oferecido resposta à inicial e se aplicar o efeito da revelia (art. 319), não se aplica o disposto no art. 324 porque o autor estará dispensado do ônus de provar os fatos alegados (*supra*, n. 1.120); e o réu, pelo fato mesmo de ser revel, é excluído de qualquer intimação (art. 322). Se o réu ficar revel mas não se aplicar o efeito da revelia (*supra*, nn. 1.125-1.126), o autor terá o ônus da prova e será intimado para especificar os meios probatórios desejados, a teor do art. 324.

O prazo para fazê-lo é de *cinco dias* (art. 185) e é prazo próprio, *preclusivo*: não requerer a prova nesse momento significa perder o direito à prova (*supra*, n. 683).

É necessário que o requerimento de provas seja *especificado e justificado*. A parte indicará quais meios de prova pretende e

quais os pontos de fato a demonstrar mediante cada um deles. Não basta requerer *prova pericial*, é indispensável explicitar qual espécie de perícia pretende e qual o fim a que se destina; a parte requererá quantas perícias forem necessárias (médica, contábil, de engenharia *etc.*). Quanto à prova testemunhal, basta requerê-la, justificando-a quando necessário, mas não é preciso arrolar já nesse momento as testemunhas a serem inquiridas, porque a lei se contenta com a apresentação do rol até dez dias antes da audiência de instrução e julgamento ou no prazo que o juiz fixar (art. 407). Além de requerer e especificar os meios de prova, é também ônus da parte demonstrar as razões por que a prova pretendida é necessária e admissível; o juízo dessa admissibilidade será feito depois, na audiência preliminar (art. 331, § 2º).

1.134. regularização do processo e do procedimento

Com ou sem preliminares suscitadas pelas partes, o juiz determinará que eventuais defeitos do procedimento sejam corrigidos (art. 327, parte final). É nessa oportunidade que ele manda regularizar a representação (art. 13) ou trazer algum documento indispensável que ainda não haja sido apresentado (art. 283) ou que a petição inicial seja emendada ou complementada caso não o tenha sido até então *etc.* Evidentemente, há óbices ao julgamento do mérito que são insuscetíveis de serem removidos, como a impossibilidade jurídica da demanda, a confusão, a morte do titular de direitos intransmissíveis *etc.* (*supra*, nn. 881, 883 *etc.*); quanto a eles, não há o que suprir ou emendar.

Conforme seja o resultado dessas providências, o juiz decidirá a seguir, proferindo o *juízo conforme o estado do processo*.

1.135. julgamento conforme o estado do processo

Julgar conforme o estado do processo significa dar a este uma solução ou encaminhamento segundo a situação que se apresentar diante do juiz ao cabo das providências preliminares. Esse julgamento varia entre o *ótimo*, consistente em conceder desde logo a tutela jurisdicional mediante sentença de mérito, e o *péssimo*, que

é a extinção do processo sem julgar a causa. Em *posição intermediária* está a designação da audiência preliminar, que é a solução ordinária, cabível sempre que não ocorra nenhuma daquelas outras, que são extraordinárias. Julgar *conforme* o estado do processo é, portanto, decidir conforme seja adequado às circunstâncias do caso – extinguindo-o sem julgamento do mérito, julgando o mérito desde logo ou designando audiência preliminar.

Julgamento conforme o estado do processo não é o mesmo que julgamento *no estado dos autos*. Essa locução, que não existe no processo civil brasileiro, corresponde à *Entscheidung nach Lage der Akten*, do direito alemão (ZPO, § 251, letra *a*), que consiste no julgamento do mérito dado antecipadamente em caso de ausência de ambas as partes à audiência inicial, ou de apenas uma delas (requerendo a outra). Essa decisão é tomada com base no material probatório que os autos contiverem, sem que a contumácia gere o efeito de presunção de veracidade das alegações adversárias. Os pressupostos, como se vê, são diferentes daqueles a que está condicionado o nosso julgamento antecipado do mérito. É comum, no entanto, o vício terminológico consistente em referir-se ao julgamento antecipado do mérito como *julgamento no estado dos autos* (ou simplesmente, como se repete com frequência na linguagem de alguns juízes, *julgamento no estado*).

1.136. extinção sem julgamento do mérito (art. 329)

Se apesar das providências preliminares o processo não tiver sido regularizado, ou se não for possível a regularização, ele será extinto sem julgamento do mérito (art. 329). Isso acontecerá sempre que se caracterize a falta de algum dos *pressupostos de admissibilidade* desse julgamento, sem possibilidade de suprir a falta ou remediar defeitos (*supra*, nn. 876 ss.).

1.137. julgamento antecipado do mérito: desnecessidade de provas (art. 330)¹

Julgar antecipadamente o mérito é decidir sobre a pretensão do autor antes do momento ordinariamente reservado para isso

1. O Código diz *julgamento antecipado da lide*, mas *lide* é o mérito (*supra*, n. 480).

(ao fim da audiência de instrução e julgamento – art. 456). O ato com que esse julgamento se profere é *sentença* porque decide o *meritum causæ* (art. 162, § 1º, c/c art. 269 – *supra*, n. 651-A) e essa sentença nada tem em si de especial. Diferencia-se somente pela circunstância da antecipação, sendo estrutural e funcionalmente igual à que se proferiria depois de finda a instrução (*infra*, nn. 1.216 ss.). Ela é uma sentença de mérito como outra qualquer, cujos efeitos são suscetíveis de ficar imunizados pela autoridade da coisa julgada material (*supra*, nn. 955 ss.).

A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a *desnecessidade de produzir provas*. Os dois incisos do art. 330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa. Só se antecipa quando *nenhuma prova* seja necessária – nem pericial, nem oral, nem documental.²

Na dicção do inc. I antecipa-se o julgamento do mérito (a) “quando a questão de mérito for unicamente de direito” ou (b) quando, “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. A terceira hipótese de antecipação, descrita no inc. II, é (c) “quando ocorrer o efeito da revelia”. Se no processo as partes discutirem somente teses jurídicas (interpretação de textos, jurisprudência, conceitos doutrinários, aplicabilidade da norma ao caso *etc.*), sobre essas questões, que são só de direito, a prova é de total impertinência – porque não se prova o direito, mas alegações de fato, e fatos confessados ou incontroversos não dependem de prova (art. 334, incs. II-III – *supra*, nn. 786 ss.). Quando houver questões de fato a decidir mas todas elas já estiverem esclarecidas mediante provas anteriores (documentos, prova emprestada, prova produzida em processo cautelar *etc.*), também

2. Obviamente, para que haja o direito à prova é indispensável que esta seja pertinente e lícita, que haja sido regularmente requerida *etc.* (*supra*, n. 782).

já não haverá o que provar e portanto não haveria razão para abrir a fase instrutória. *Idem*, em caso de incidir o *efeito da revelia* (inc. II): como esse efeito consiste em presumir verdadeiras as alegações fáticas contidas na petição inicial, os fatos ali narrados são dispensados de prova (art. 319 c/c art. 334, inc. IV – *supra*, nn. 1.121 *etc.*) e, conseqüentemente, não teria pertinência a instrução processual. Como se vê, a síntese das hipóteses consideradas nos dois incisos do art. 330 do Código de Processo Civil é esta: *desnecessidade de prova*.

Em caso de descumprimento do *ônus de impugnação especificada dos fatos* (art. 302) não se tem revelia nem efeito da revelia mas uma situação muito semelhante a essa; os fatos alegados na petição inicial e não impugnados especificamente pelo réu independem de prova e por isso, se não houver outros em discussão, legitima-se o julgamento antecipado do mérito (*supra*, n. 1.120).

Assim inserido entre as alternativas técnicas do procedimento e assim amparado na circunstância de as provas não serem necessárias, o julgamento antecipado do mérito é solução extraordinária. *Ordinário é provar e só nos casos estritos de desnecessidade de prova é que se antecipa o julgamento do mérito*. Ir além, ampliando hipóteses ou interpretando com indevida elasticidade as que o art. 330 formula, significaria prejudicar a parte em seu *direito à prova*, constitucionalmente assegurado (*supra*, n. 782), além de importar negativa de vigência ao preceito infraconstitucional que manda ordinariamente sanear o processo quando houver provas a produzir (CPC, arts. 328 e 331, § 2º).

Conseqüentemente *é nula a sentença que julga antecipadamente o mérito sem que estejam presentes os estritos pressupostos exigidos em lei*. Cabe ao tribunal, em grau de apelação, pronunciar tal nulidade e determinar que o juiz prossiga na marcha ordinária do procedimento, designando audiência preliminar, saneando o processo se for o caso, realizando a instrução e só depois julgando o *meritum causæ*. Isso não será feito se a antecipação tiver produzido julgamento favorável à parte cujo direito à prova houver sido prejudicado (instrumentalidade das formas, arts. 244 e 249, § 1º – *supra*, n. 714); p.ex., se a demanda tiver sido julgada proce-

dente mesmo sem as provas que o autor havia requerido. Mas, se o julgamento for desfavorável, a anulação se impõe.

Várias hipóteses podem ocorrer, quando vai ao tribunal o processo com uma dessas sentenças que indevidamente antecipam o julgamento do mérito. Se a turma julgadora entender que a prova é suficiente e aponta para o julgamento oposto ao proferido pelo juiz, simplesmente inverte o julgamento e concede a tutela jurisdicional ao apelante. Sempre, é claro, nos limites da apelação interposta (art. 515) e, também, sempre que essa solução não implique denegação de prova a quem a haja requerido regularmente. Se parecer à turma julgadora que os fatos ainda dependem de prova, a solução poderá consistir na determinação de realizar a prova faltante, ainda no âmbito da apelação e perante o tribunal (art. 515, § 4º).

De modo expresso o Código de Processo Civil só disciplina o julgamento antecipado do mérito como opção oferecida ao juiz logo ao despachar a inicial (improcedência liminar da demanda – art. 285-A e *supra*, n. 1.026-A) ou no momento do julgamento conforme o estado do processo – quando então ele extingue o processo, saneia-o ou antecipa a pronúncia sobre o *meritum causæ*. Mas surgem situações em que, *depois de saneado o processo e realizada a prova pericial*, verifica-se a total impertinência de qualquer prova oral a ser produzida em audiência. Em casos assim é legítimo e aconselhável antecipar o julgamento do mérito em vez de designar a audiência de conciliação e julgamento, porque esta é, por definição, o *palco da oralidade* (Liebman) e constitui culto irracional à forma a crença na necessidade de realizá-la ainda quando não haja prova oral a produzir. A antecipação não será tão grande quanto aquela que se faz no momento de julgar conforme o estado do processo, mas é sempre uma *antecipação* e dá efetividade ao intuito do legislador de acelerar a oferta da tutela jurisdicional (*supra*, n. 43).

Em uma situação é lícito ao tribunal *julgar antecipadamente o mérito sem que o haja feito o juiz inferior*. Isso será possível quando, havendo este determinado a extinção processual no momento do julgamento conforme o estado do processo (art. 329), o tribunal afastar a causa dessa extinção e verificar que a instrução está acabada, não havendo provas a produzir (art. 330, incs. I-II).

Nesse caso o tribunal julga o *meritum causæ* mediante supressão de um grau jurisdicional, mas sem prejudicar as partes nem ultrajar a garantia constitucional do devido processo legal (CPC, art. 515, § 3º – *supra*, n. 92). O tribunal também julgará o mérito quando, não-obstante nula a sentença, for possível sanar essa nulidade mediante a repetição ou renovação do ato viciado, o que se fará sem devolução da causa à instância de origem (art. 515, § 4º).

1.138. das providências preliminares ao saneamento do processo ou à audiência preliminar

Não sendo o caso de extinguir o processo nem de julgar o mérito por antecipação (arts. 329 e 330), o juiz saneará desde logo o processo, se for o caso, ou designará a audiência preliminar (art. 331). Há casos em que é obrigatória a realização dessa audiência e casos em que o juiz saneia o processo sem realizá-la (CPC, art. 331, § 3º – *infra*, n. 1.142-A).

Mas infelizmente há juízes que não se aperceberam da importância da inovação trazida pela implantação da audiência preliminar no sistema do Código de Processo Civil. Alguns chegam a dar a impressão de sequer se terem apercebido de que houve uma inovação e prosseguem sempre saneando o processo mediante ato escrito, fora da audiência, como se nada houvesse acontecido em 1994 (*Reforma do Código de Processo Civil*).

1.139. a audiência preliminar (art. 331) – conteúdo e objetivos

Quando for designada a audiência, isso não significa que o juiz já haja necessariamente decidido todas as questões processuais, ficando-lhe preclusa a possibilidade de vir a extinguir o processo mais tarde, inclusive no curso dessa audiência. Como está dito no § 2º do art. 331, ainda ali incumbir-lhe-á decidir “as questões processuais pendentes” – uma vez que essa atividade de controle dos pressupostos do julgamento do mérito não é jamais atingida por preclusão e deve ser exercida até ao fim do procedimento (*supra*, n. 849). Pode também acontecer que no momento de decidir conforme o estado do processo o juiz não esteja convencido da admissibilidade de julgar antecipadamente o mérito mas na au-

audiência se convença; e isso ele fará, em hipóteses assim, no curso dela. Esse conjunto de possibilidades indica que a designação de audiência preliminar, prevista no art. 331 do Código de Processo Civil, não é necessariamente o resultado de uma convicção definitiva quanto à ausência dos pressupostos para o julgamento antecipado ou para a extinção processual.

Segundo o disposto no art. 331 do Código de Processo Civil, a audiência preliminar realiza-se com a finalidade (a) de buscar a *conciliação das partes*, mediante a qual o Estado-juíz terá cumprido sua missão pacificadora, (b) de *decidir eventuais questões processuais remanescentes* e (c) de *organizar a prova*, em caso de insucesso na conciliação (*infra*, n. 1.141). Quando se obtiver a conciliação extingue-se o processo (art. 331, § 1º). Se não for obtida, o juiz passa a fixar os pontos a serem provados (objeto da prova – *supra*, nn. 786-791), a prestar esclarecimentos sobre o ônus probatório e a definir os meios probatórios a desencadear (art. 331, § 2º); será também conveniente, em especial nos processos envolvendo relações de consumo, advertir as partes sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova. Ao conjunto das atividades que o juiz realiza nessa audiência dá o Código o nome tradicional de *saneamento do processo*.

▮ Todas as atividades do juiz na audiência preliminar devem ser realizadas em *diálogo* com as partes (*supra*, nn. 84, 88 e 511). Acima dos objetivos específicos com os quais essa audiência foi implantada no sistema brasileiro de processo civil, paira o de propiciar ao juiz um razoável contato com as partes e com a causa, preparando-se para conduzir depois, adequadamente, a instrução processual. Quando realizado de modo correto, esse contato pode ser rico de esclarecimentos, que lhe possibilitarão a elaboração de adequados e úteis quesitos para a perícia, o bom entendimento das respostas a eles, a participação mais efetiva na inquirição de testemunhas *etc.*

1.140. conciliação

A tentativa de conciliar é um dos deveres fundamentais do juiz no moderno processo civil brasileiro, a ser cumprido a todo mo-

mento e sempre que sentir a possibilidade de obter uma solução negociada entre as partes (art. 125, inc. IV – *supra*, nn. 509 e 511). Os momentos mais específicos para tanto, ditados no Código de Processo Civil, são a própria audiência de instrução e julgamento (art. 447) e, antes dela, a audiência preliminar regida pelo art. 331.

Conciliação é a *atividade do juiz*³ destinada a aproximar as partes, aconselhando-as e mostrando-lhes os males da pendência do processo, com vista a obter autocomposição. É também o *resultado* dessa atividade, pelo qual o litígio é eliminado, os litigantes pacificados e o objetivo social da jurisdição, cumprido (*supra*, n. 48). O vocábulo *conciliação* não tem sentido unívoco em direito processual. As partes estão conciliadas quando realizam a *transação* ou quando o réu *reconhece o pedido* ou o autor *renuncia ao direito* afirmado – e nesses casos tudo se passa como se o juiz houvesse decidido o mérito (art. 269, incs. II, III e V).⁴ Conciliam-se também mediante a simples *desistência da ação*, que causa a extinção do processo e não impede a repositura da demanda (arts. 28 e 268 – *supra*, n. 457), ou até mesmo pelo acordo feito para o fim de *suspender o processo* por algum tempo, à espera de uma possível negociação (art. 265, inc. I – *supra*, n. 859) *etc.* Como ato de disposição de direitos, a *conciliação autocompositiva* (transação, reconhecimento e renúncia) só se admite quando o direito em litígio for disponível, segundo o art. 841 do Código Civil (*supra*, nn. 931 ss.).⁵

Obtida uma conciliação que tenha o efeito de extinguir o processo sem julgamento do mérito ou que substitua esse julgamento, a audiência não prossegue e o juiz homologa o ato (art. 331, §1º).

3. Ou, nos juizados especiais cíveis, do *conciliador* ou do *juiz leigo* (LJE, art. 22).

4. A homologação desses atos de autocomposição inclui-se entre as *falsas sentenças de mérito* (*supra*, nn. 928 ss.).

5. Art. 841: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

1.141. *prosseguimento da audiência preliminar*

Não obtida a conciliação, a audiência preliminar prossegue. Sempre mediante prévio *diálogo* com as partes (*supra*, nn. 88 e 511), o juiz decidirá as eventuais *questões processuais pendentes* e, se essa decisão não importar extinção processual, passará à *organização da prova* (art. 331, § 2º).

Organizar a prova significa, no contexto das atividades inerentes à audiência preliminar, (a) delimitar seu *objeto*, (b) esclarecer as partes sobre o *ônus da prova* e (c) determinar os *meios probatórios* a serem realizados. O juiz delimita o objeto da prova ao *fixar os pontos controvertidos* (sempre, § 2º do art. 331); ele deferirá as admissíveis e indeferirá as inadmissíveis, segundo as circunstâncias e necessidades de cada caso (objeto da prova – CPC, art. 130, e *supra*, nn. 786-791). Os meios de prova admitidos serão os pertinentes a cada caso e segundo os pontos a provar (daí, prova testemunhal, depoimento pessoal, perícia, inspeção judicial *etc.*).

São importantíssimos os esclarecimentos a serem prestados pelo juiz às partes sobre o *onus probandi*. Não passam porém de meros *esclarecimentos*, pois esse não é o momento de decidir a esse respeito; para fins de julgamento, o juiz só leva em conta o ônus da prova no momento de julgar a causa (*supra*, n. 801). Mas ele presta um serviço relevantíssimo quando desde logo adverte cada uma das partes sobre os pontos que deve provar. Ao fazê-lo, não se vincula nem se compromete em relação ao julgamento a fazer no futuro, mas evita omissões em que as partes poderiam incorrer por não perceberem corretamente quais ônus probatórios são seus e quais, não.

Realizadas todas as medidas cabíveis, a audiência preliminar termina com a *designação de audiência de instrução e julgamento* (art. 331, § 2º). É óbvio que esta só será designada se o juiz não se decidir por extinguir o processo, se as partes não houverem chegado a algum acordo definitivo e também quando não for necessária por inexistir prova oral a ser produzida. É hábito adiar a designação de audiência quando se determina a realização de perícia, porque o tempo de duração desta nem sempre é previsível.

1.142. o resultado da fase ordinatória: saneamento do processo

A rigor, *saneamento* é a atividade destinada a sanear. Saneia-se o que não é são. Tomado o vocábulo assim em seu sentido semântico comum, o *saneamento do processo* consiste nas providências preliminares com que o juiz providencia ou manda que as partes providenciem a regularização de atos ou da representação processual, exibição de documentos *etc.* (*supra*, n. 1.130).

Na doutrina do processo civil brasileiro, contudo, bem como no linguajar forense, a locução *saneamento do processo* é ordinariamente empregada para designar o ato com que o juiz o *declara* regular e portanto em condições de prosseguir. Essa locução é a apresentação moderna do antigo *despacho saneador*, de notória origem no direito português, que já figurava na legislação anterior ao vigente Código de Processo Civil.⁶ Segundo esse uso corrente, o juiz saneia o processo, organizando a prova e designando a audiência, quando reconhece que estão presentes todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito – ou seja, quando nada há a sanar, corrigir, purificar.

1.142-A. saneamento do processo sem realizar a audiência preliminar

Por conta da inclusão da tentativa de conciliação na audiência preliminar, desde a implantação desta no sistema brasileiro de processo civil é vitoriosa nos juízos e tribunais a idéia de que ela não tem por que ser realizada quando a causa versar sobre *direitos indisponíveis*. Essa regra tornou-se direito positivo mediante a vigente redação do art. 331 do Código de Processo Civil, estando explícito que a audiência preliminar só se *realizará se a causa*

⁶ O Código evitou dizer *despacho saneador*, por coerência com sua própria definição dos atos do juiz, contida nos parágrafos do art. 162. *Despacho* é ato sem conteúdo decisório (art. 162, § 3º – *supra*, n. 653) e a declaração que *saneia* é ato de decisão e, portanto, *decisão interlocutória* (art. 162, § 2º). Mas, inadvertidamente, o art. 338 do Código de Processo Civil continua dizendo *despacho saneador*.

versar sobre direitos que admitam transação; no § 3º desse artigo esclarece-se ainda que “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do parágrafo anterior”. Ou seja, *sanear-se-á o processo por escrito*, como no regime vigente na configuração original do Código de Processo Civil.⁷

Evidenciar uma probabilidade é uma contradição em termos, porque *evidência* é a clareza de uma situação e *probabilidade* nada mais é que uma possibilidade potenciada. Reputa-se *evidente* a improbabilidade de conciliar, quando as partes já houverem declarado expressamente a vontade de prosseguir no litígio ou, por seu comportamento, infundirem essa impressão no espírito do juiz com alguma dose de segurança. A Fazenda Pública quase nunca se concilia, por aceitar comodamente o mito da indisponibilidade de todos os direitos e interesses do Estado.

7. A limitação decorrente da indisponibilidade dos direitos não tem razão de ser no sistema e sua aceitação é fruto da má compreensão dos objetivos da audiência preliminar instituída no Código Modelo. Mesmo que a causa verse sobre direitos indisponíveis, não sendo admissível a conciliação, a audiência preliminar teria muita utilidade em razão das demais atividades descritas no § 2º do art. 331; essa não é uma simples audiência *de conciliação* (*supra*, n. 1.139).

Capítulo XC – PROVA DOCUMENTAL

1.143. o regime da prova documental no Código de Processo Civil – 1.144. a fonte de prova: conceito de documento – 1.145. documento e instrumento – 1.146. elementos do documento – 1.147. o autor dos documentos – 1.148. documentos públicos ou particulares – 1.149. documentos autógrafos ou heterógrafos – 1.150. modo de formação do documento – 1.151. conteúdo dos documentos – 1.152. obtenção dos documentos – 1.153. requisição de documentos (art. 399) – 1.154. exibição de documento ou coisa (arts. 355-363) – 1.155. cont.: em face da parte – 1.156. cont.: em face de terceiro (arts. 360-362) – 1.157. eficácia probatória dos documentos – 1.158. eficácia probatória dos documentos públicos – 1.159. eficácia probatória dos documentos particulares – 1.160. autenticidade, autenticação e controvérsia – 1.161. argüição de falsidade documental (arts. 390 ss.) – 1.162. produção da prova documental (meio de prova)

1.143. o regime da prova documental no Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil trata da prova documental em um número grande de dispositivos, que vão do art. 364 até ao art. 399 (trinta-e-seis artigos). Contém além disso uma rubrica com dez artigos, onde disciplina a *exibição incidente de documento ou coisa* (arts. 355-364). Em todo esse contexto de quase meia centena de dispositivos, todavia, muito poucas regras existem sobre os aspectos *procedimentais* da prova documental, ou seja, sobre a técnica de sua produção (arts. 396-399). Compreende-se essa parcimônia, porque de todos os *meios de prova* esse é por natureza o de produção mais simples, a qual se faz ordinariamente mediante atos muito concentrados – a parte apresenta uma petição ou requerimento oral propondo a prova, o juiz defere a juntada, o documento é levado aos autos e a prova documental já está realizada (*infra*, n. 1.162).

Além dessa singelíssima disciplina de um *meio* de prova, o Código de Processo Civil contém disposições (a) sobre a *fonte de prova* representada pelo documento, (b) sobre o modo de *obter os documentos* de que eventualmente a parte não disponha, (c) sobre a *eficácia probatória dos documentos públicos e privados* e (d) sobre as impugnações à *autenticidade* dos documentos. Esses temas foram, depois, objeto de indevida invasão pelo vigente Código Civil, o qual se permitiu a liberdade de avançar preceitos sobre a eficácia probatória de documentos públicos ou particulares, originais, cópias e traslados, telegramas, cópias fotográficas de documentos, livros e fichas das empresas *etc.* (arts. 215-226).

1.144. a fonte de prova: conceito de documento

Documento, como fonte de prova, é *todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir idéias e demonstrar a ocorrência de fatos*. Esses símbolos serão letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons gravados e registros magnéticos em geral; o que há em comum entre eles é que sempre expressam idéias de uma pessoa, a serem captadas e interpretadas por outras. Os seres que trazem em si esses símbolos transmissores de comunicação visual, sonora ou mesmo sensitiva (vibrações) são ordinariamente *coisas* e, mais corriqueiramente, *papéis*; mas também uma *pessoa* pode ser tomada como tal, sempre que traga em si a inscrição ou gravação de símbolos, como é o caso de *tatuagens* que eventualmente demonstrem a ocorrência de fatos.¹ Sempre, no entanto, o documento é uma *fonte passiva de prova*, da qual os informes são retirados sem a participação do ser que as traz em si (*supra*, nn. 723, 804, 807); como toda fonte passiva, essa tem natureza *real* e não pessoal, ainda quando o objeto portador dos informes seja uma pessoa.

1. Em bem sucedido filme *hollywoodiano* dos anos *cinquenta*, a rosa tatuada no busto de uma mulher foi a prova do adultério de um motorista de caminhão obcecado por rosas, que também tinha o peito tatuado da mesma forma (*Rose tatau*, ou *Rosa tatuada*).

Nem todo objeto portador de informes é *documento*. Só o serão aqueles que tragam símbolos de comunicação (palavras, desenhos, sons *etc.*). Uma roupa rasgada, uma parede suja de sangue, os destroços de um veículo acidentado, podem ser vestígios de fatos, a serem examinados em perícia, mas não compartilham da natureza documental.

Em direito processual, aqueles seres só são *documentos* quando e na medida de sua capacidade a provar fatos. O vocábulo *documento* vem do verbo latino *doceo*, que significa *ensinar*, e assim o direito processual o emprega. Não integram portanto o conceito de documento, na teoria da prova, os escritos ou gravações em si mesmos – como um texto doutrinário, uma carta de amor, uma fotografia de núpcias *etc.* No momento em que essa gravação ou esses escritos são chamados a funcionar como fonte de informações para julgar, aí então é que se caracterizam como documentos.

É usual a exibição de fotografias de amantes como prova das relações extraconjugais em ações de separação judicial ou de alimentos. Em si, essas fotos eram somente a recordação de momentos felizes. Surgida a controvérsia sobre fatos no processo, elas assumem a condição de *documentos*.

1.145. *documento e instrumento*

Conceito paralelo ao de documento é o de *instrumento*. Consideram-se tais os registros de declarações de vontade elaborados com o objetivo de perpetuá-las no tempo de modo idôneo e vincular os declarantes. Eles são a *forma prescrita ou não defesa em lei*, exigida pelo art. 104, inc. III, do Código Civil para a validade dos negócios jurídicos; há casos de instrumento público como forma solene indispensável (CC, art. 108 – *supra*, n. 781) e, quando a forma é livre ou ao menos não é exigida essa forma solene, os negócios jurídicos expressam-se por escritos particulares.

Conforme o caso, são portanto instrumentos dos negócios jurídicos as escrituras públicas, os instrumentos particulares de contrato ou mesmo mensagens transmitidas por *e-mail* ou via *fax*. Os instrumentos dos negócios jurídicos assumem a condição de documento sempre que se tornem relevantes para a demonstração

da existência ou teor do contrato. São essas as chamadas *provas preconstituídas*, ou seja, fontes probatórias que já contêm os informes antes da existência do processo, a serem examinadas e consideradas quando *produzidas* neste.

1.146. elementos do documento

São elementos do documento (a) seu autor, (b) o modo de sua formação e (c) seu conteúdo. A indicação desses elementos constitui fator didático propício à compreensão das espécies de documentos e dos diferentes modos como atuam como fonte probatória e são considerados nos julgamentos judiciais. As diversas classificações dos documentos, decorrentes da consciência desses elementos constitutivos, estão presentes na linguagem empregada pelo Código de Processo Civil no capítulo em que rege o tema.

1.147. o autor dos documentos

É autor do documento *o sujeito que o constituiu*. É sempre uma pessoa, física ou jurídica. Nos instrumentos particulares, ordinariamente a mesma pessoa presta as declarações e realiza materialmente o documento; coincidem em um só sujeito, portanto, as condições de *autor intelectual* e de *autor material*. Mas ocorrem casos em que uma pessoa faz a declaração e outra elabora materialmente o documento; nessas hipóteses, o sujeito que participa do negócio jurídico é *autor intelectual* do documento e aquele que elabora o instrumento, seu *autor material*.

Levando-se em conta a autoria dos documentos, estes se classificam em (a) públicos ou particulares e (b) autógrafos ou heterógrafos.

1.148. documentos públicos ou particulares

Sobre os documentos particulares, o art. 371 do Código de Processo Civil dispõe que se considera seu autor *aquele que os fez e assinou* ou *aquele por conta de quem foram feitos, estando assi-*

nados. Na primeira hipótese são coincidentes a autoria material e intelectual; na segunda desdobram-se.

A *assinatura* no documento é o atestado da manifestação da vontade de prestar a declaração. É por isso que o inc. II do art. 371 a exige nos documentos. Mas há casos em que os usos dispensam assinaturas, como os livros comerciais (art. 371, inc. II) e as transmissões eletrônicas, quando então a vontade do autor intelectual se presume.

São *públicos*, na dicção do art. 364 do Código de Processo Civil, os documentos elaborados por *escrivão, tabelião ou funcionários públicos em geral*, no exercício de suas funções públicas. Os atos do escrivão, que é auxiliar da Justiça, são expressos em documentos públicos de natureza processual; os dos demais funcionários públicos serão inerentes às diversas atividades do Estado, nos mais variados setores (diversos Poderes *etc.*). Em uns e em outros, o agente figura como autor (intelectual) da declaração e, cumulativamente, como autor (material) do instrumento. *Atos do tabelião* são instrumentos de declarações prestadas por outras pessoas, quer se trate de declarações de vontade (contratos), quer de conhecimento (meras declarações); quem presta a declaração é autor intelectual do documento e o tabelião, na qualidade de oficial de notas, é seu autor material.

1.149. documentos autógrafos ou heterógrafos

É *autógrafo* o documento produzido materialmente pelo próprio autor intelectual das declarações que contém. *Heterógrafo*, quando o autor material é outra pessoa. As escrituras públicas são documentos heterógrafos, mas outros instrumentos públicos poderão não sê-los (atos do escrivão, de um funcionário do Poder Executivo *etc.*). Os documentos particulares serão autógrafos ou heterógrafos, conforme o caso (art. 371, incs. I-III – *supra*, n. 1.148).

1.150. modo de formação do documento

Na teoria da forma do ato jurídico, o *modo* de sua formação é o conjunto de predicados referentes à composição externa do ato,

referentes ao *como* ele é em si mesmo, em seus elementos e em sua própria configuração (*supra*, n. 676).

Quanto ao modo, os documentos variam segundo os métodos de inserção dos símbolos que eles portam, podendo então ser *escritos*, quando portadores de letras e palavras; *gravados*, quando os símbolos são desenhos, fotografias ou figuras em geral; *magnéticos*, como é o caso das fitas sonoras, *cd-roms*, discos rígidos ou disquetes de computador *etc.*

1.151. conteúdo dos documentos

O conteúdo dos documentos é a idéia que seus símbolos transmitem. É o seu elemento substancial.

Os documentos são *narrativos*, ou meramente declarativos, quando contêm a declaração de conhecimento de fatos. O Código de Processo Civil alude a documentos dessa espécie, ao dizer que eles provam o fato da declaração (provam que a declaração foi feita) mas não o fato declarado (art. 368, par.). Hipótese importantíssima de documento declarativo é a dos que contêm declaração de conhecimento de fatos contrários ao interesse de quem declara (confissão – *infra*, n. 1.195).

Os documentos que contêm declaração de vontade são *constitutivos*. Em direito, a vontade declarada é fonte de direitos e obrigações, constituindo elemento essencial dos negócios jurídicos. São documentos constitutivos todos os instrumentos negociais. A vontade declarada é sempre do autor intelectual do documento, seja quando ele é também seu autor material, seja quando o autor material é outro (documentos heterógrafos – *supra*, n. 1.149).

A diferença entre as declarações de conhecimento e as de vontade (constitutivas) é a que existe entre o *far sapere* e o *far fare* (Carnelutti).

1.152. obtenção dos documentos

Ordinariamente a parte tem consigo o documento e, podendo utilizá-lo segundo sua conveniência, providencia-lhe a juntada aos

autos. Quando não o tem, a lei lhe oferece dois meios para obtê-lo e valer-se dele no processo. Um desses caminhos é a *requisição*, a ser feita pelo juiz à *repartição pública* ou ao ente privado onde estiver o documento (art. 399); outro, a *exibição de documento ou coisa* (arts. 355-363).

1.153. *requisição de documentos (art. 399)*

Manda o art. 399 do Código de Processo Civil que o juiz requirite às repartições públicas “as certidões necessárias à prova das alegações das partes” ou, quando for parte uma entidade estatal, os *procedimentos administrativos* pertinentes à causa (incs. I-II). Essas providências serão tomadas de-ofício, na medida do poder de iniciativa probatória do juiz (*supra*, n. 784), ou por iniciativa de parte, na medida da dificuldade que tenha esta para obter os documentos pelos próprios meios.

Na segunda hipótese, é necessária a razoável demonstração de que sem a intercessão do juízo a parte não lograria obter o documento, pois não seria legítimo pôr o Estado a serviço desta, na busca de elementos probatórios de seu interesse; mas, comprovada razoavelmente essa necessidade, é dever do juiz fazer a requisição, sem a qual se estreitariam indevidamente as possibilidades de obter justiça através do processo. Nessa situação, a providência judicial é um imperativo do *direito à prova* e sua denegação constitui infração ao art. 399 do Código de Processo Civil e à garantia constitucional desse direito (*supra*, n. 782). O direito a ela apóia-se também na garantia constitucional do direito a certidões (Const., art. 5º, inc. XXXIV, letra *b*), pela qual é a todos assegurada “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”; nos casos em que a repartição pública negue à parte a certidão ou informe necessário, um dos caminhos processuais aptos a vencer essa resistência é a medida disposta no art. 399 do Código de Processo Civil.

Uma lei federal especial manda que “as certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações” sejam expedidas pelas

repartições públicas no prazo improrrogável de quinze dias (lei n. 9.051, de 18.5.95, art. 1º).

Assim interpretado o dispositivo da lei processual à luz dos preceitos constitucionais, impõe-se a requisição judicial de certidões não só para o fim de *provar alegações*, mas também de obter informes sobre o *endereço da parte adversária* ou de seu *patrimônio responsável*, para fins de penhora (CPC, art. 591). Seguidamente o Superior Tribunal de Justiça tem negado o direito a providências dessa ordem em relação a certidões ou cópias de declarações prestadas à Receita Federal, alegando o direito do contribuinte ao *sigilo fiscal*; é todavia necessário repensar essa matéria à luz do direito da parte à tutela jurisdicional, que também é garantido pela Constituição, lembrado ainda que o próprio direito ao sigilo é atualmente sujeito a uma série de ressalvas não mais legítimas que essa (inclusive para fins de responsabilidade criminal).²

A certidão deve limitar-se ao necessário ao objetivo pelo qual é requisitada. Na maioria dos casos não se trata de extrair cópias da própria declaração de rendimentos, mas da *declaração de bens*, que a acompanha. O sigilo é razoavelmente mantido mediante uma solução de legítimo equilíbrio de valores.

Do art. 399 do Código de Processo Civil extrai-se também que *a fortiori* a parte tem direito a obter do juiz a requisição de documentos ou cópias a *entidades privadas*, como bancos ou outras, na medida da necessidade e das demais limitações inerentes a esse dispositivo.

Em qualquer hipótese a decisão interlocutória com que o juiz nega a providência deve ser *motivada*, por exigência constitucional (art. 93, inc. IX – *supra*, n. 93) e para controle pelos órgãos superiores da Magistratura. Como toda decisão interlocutória, ela é sujeita a recurso de *agravo* (art. 162, § 2º, c/c art. 522).

2. Tem caráter puramente administrativo e não processual a exigência de devolução dos originais à repartição de origem no prazo improrrogável de trinta dias (art. 399, par.).

**1.154. exibição de documento ou coisa
(arts. 355-363)**

Na rubrica *da exibição de documento ou coisa*, o Código de Processo Civil oferece às partes meios para vencer resistências do adversário ou de terceiro a pôr documentos ou coisas à disposição da Justiça. Nas condições que a lei estabelece, a parte tem direito a eles como instrumentos para a defesa de seus direitos em juízo, sem os quais o acesso à justiça ser-lhe-ia mais difícil, ou impossível. Na técnica do direito processual positivo, institui-se um *ônus* de exibição do documento ou coisa, a cargo da parte, e um *dever* de exibi-los, imposto a terceiros.

O ônus de exibição é imposto ao adversário da parte interessada em obter o documento ou coisa, sob pena de *se admitirem como verdadeiras as alegações que por meio deles a parte pretendia provar* (art. 359). Como todo ônus, este não passa de um imperativo do próprio interesse da parte detentora do documento ou coisa, o que significa que sua vontade lhe dirá se mais lhe agrada exibi-los ou não, mas sua inteligência o aconselhará a exibi-los sob pena de suportar um mal maior (*supra*, n. 494). Esse não é um *dever* e a lei não institui meios de coagir a parte a entregar o documento ou coisa. Em relação ao terceiro, sim, existe um imperativo de conduta no interesse alheio (*supra*, n. 498), ou seja, um *dever* de exibir o documento ou coisa; e, como a conduta exigida é do interesse da parte mas também da Justiça, o descumprimento constitui desobediência e o juiz dispõe de meios coercitivos para vencer a resistência do terceiro que não exhibe o documento ou coisa depois de recebido o comando a fazê-lo (art. 362 c/c art. 461 – *infra*, n. 1.156).

Pela redação dos dispositivos legais e em virtude dessa diferente configuração entre a situação da parte e a do terceiro (ônus ou dever), existe uma distinção muito significativa entre o procedimento que se instaura em face de um e o que se refere ao outro.

1.155. cont.: em face da parte

O procedimento destinado a vencer a resistência da *parte* detentora do documento, dando-lhe inclusive a oportunidade de alegar que não tem o ônus de exibi-lo, é um incidente do procedimento.

É um *incidente*, porque se compõe de uma série ordenada de atos que se realizam à margem do procedimento central sem dar formação a um novo processo (*supra*, n. 636); *satisfativo*, porque se destina a oferecer apoio ao processo em si mesmo, sem nada melhorar ou piorar na vida dos litigantes, de modo direto (*supra*, n. 62). O resultado desse incidente não consiste necessariamente em tutelar o sujeito em seu *direito ao documento*, mas em seu direito à tutela jurisdicional mediante o processo pendente – tanto que, não exibido o documento ou coisa, o sistema prescinde dele e manda o juiz presumir verdadeiros os fatos alegados contra o renitente (art. 359).

Não é como a *actio exhibitoria* dos arts. 844 ss. do Código de Processo Civil. Esta é o meio pelo qual o titular de um autêntico *direito ao documento ou ao seu conhecimento* busca satisfação a esse direito. Tem-se, portanto, *medida tipicamente satisfativa de um direito subjetivo material*. Como satisfativa que é, sem direta e necessária ligação funcional a outro direito, essa medida não se reputa *instrumental* a outro processo e não tem, pois, natureza cautelar.

O incidente principia por *iniciativa de parte*, fundamentado, com indicação das razões por que tem necessidade do documento ou coisa e por que entende que estes estão em poder do adversário (art. 356). É de toda conveniência que o incidente se processe em autos apartados, sob pena de gerar tumulto no procedimento central.

O adversário do requerente é *intimado* na pessoa do advogado e tem *cinco dias para responder* (art. 357). Sua defesa direta consistirá em (a) negar que detenha o documento ou coisa, (b) negar que o requerente tenha necessidade deles ou (c) alegar que tem motivos legítimos para recusar-se a exibi-los. Sobre essas defesas e as controvérsias criadas, instituir-se-á um contraditório entre as partes, com a oportunidade de provar as alegações de fato. É do requerente o ônus da prova quanto ao fato de o adversário ter o documento ou coisa sob seu poder (art. 357); é deste o ônus da prova das razões que possam legitimar a recusa em exibi-los (art. 333, inc. II – *supra*, n. 794).

A parte detentora do documento ou coisa tem o ônus processual de exibi-los (a) quando a lei lhe impuser um dever de tal ordem, (b) quando o documento for comum entre ela e o requerente, ou (c) quando ela própria houver aludido a ele no processo, em argumentação de defesa de seus interesses (art. 358, incs. I-III). O art. 363 do Código de Processo Civil relaciona as hipóteses em que inexistente o dever de exibição.

A demanda incidente será acolhida (a) se o requerido não se defender como previsto no art. 357 e no prazo que ele estabelece, nem exibir desde logo o documento ou coisa, ou (b) se, havendo sido apresentada defesa, o juiz concluir que ele os tem sob seu poder, sendo ilegítima a recusa (art. 359, incs. I-II). Se o requerido tiver exibido o documento ou coisa, a demanda fica prejudicada, porque consumado o objetivo da medida. Se o juiz concluir que ele não os tem consigo, ou que o requerente não tem necessidade deles, ou que é justa a recusa em exibi-los, o pedido será rejeitado. Segundo dispõe o *caput* do art. 359, ao acolher o pedido de exibição o juiz declara verdadeiras as alegações que mediante o documento ou coisa a parte pretendia provar – e nisso reside a consequência negativa do descumprimento do ônus de exibir. Essa é uma particular declaração *incidenter tantum*, proferida com o objetivo único e exclusivo de integrar o julgamento da causa pendente e, portanto, sem qualquer eficácia expansiva em relação a outros eventuais processos.

Como se trata de medida que põe fim a mero incidente processual e não ao processo em si mesmo, essa é uma *decisão interlocutória*, que comporta o recurso de agravo e não apelação (arts. 162, § 2º, e 522). Assim é a jurisprudência.

Providência análoga existe na execução por quantia certa, onde o exeqüente pode pedir e obter do juiz um comando dirigido ao executado, para que exhiba documentos dos quais dependa a liquidez do crédito (CPC, art. 475-B, § 1º).

1.156. cont.: em face de terceiro (arts. 360-362)

Para os casos em que se trata de vencer a resistência de *terceiro*, o Código de Processo Civil institui um *processo incidente e*

não mero incidente do processo em curso; como tal, ele tem vida própria, principia *por petição inicial*, inclui a necessária citação do demandado e termina por *sentença de mérito*, suscetível pois de *coisa julgada material* e sujeita ao recurso de *apelação* (*supra*, n. 636).

O réu desse processo é *citado*, com intimação a *responder no prazo de dez dias* (art. 360). A citação se faz pelos meios ordinários e é *direta*, ou seja, dirige-se ao próprio indigitado detentor do documento ou coisa (*supra*, n. 1.029). O *início do prazo* também é regido, como de regra geral, pelos preceitos contidos no art. 241 do Código de Processo Civil (*supra*, n. 1.057).

Tanto quanto à *parte* no incidente de exibição, neste processo permitem-se ao *réu* defesas consistentes nas alegações (a) de não ter o documento ou coisa sob seu poder, (b) de não serem necessários à causa pendente ou (c) de não ter o dever de exibi-los (arts. 361 e 363). Implantadas essas questões no processo, abrir-se-á a uma *instrução sumária*, com as provas que forem necessárias e uma *audiência especial* se for o caso; o juiz decidirá por *sentença* (art. 361).

A sentença que acolhe a demanda de exibição proposta em face de terceiro reconhece a existência de um *dever* de exhibir, não mero ônus; conseqüentemente, ela tem a eficácia de autêntica sentença *condenatória mandamental*, que o juiz imporá mediante medidas coercitivas ou de pressão psicológica, a teor da disposição específica contida no art. 362; deve o juiz também, quando necessário, aplicar as medidas autorizadas e aconselhadas pelo art. 461 (*supra*, n. 919).

Em princípio, o terceiro tem o dever de “exibir coisa ou documento que esteja em seu poder” (art. 341, inc. II), só sendo dispensado quando a publicidade puder ser insuportavelmente gravosa a sua privacidade pessoal ou familiar, à honra, dever de sigilo *etc.* (art. 363).

1.157. eficácia probatória dos documentos

Sob a rubrica *da força probante dos documentos*, o Código de Processo Civil contém vinte-e-seis artigos, mais parágrafos e in-

cisos, destinados a especificar regras sobre a eficácia dessa fonte probatória que é o documento. Esse empenho em tarifar o valor das provas é, contudo, incompatível com a declarada opção do próprio Código pelo princípio do *livre convencimento*, que é uma conquista do processo civil moderno e se recusa a conviver com regras precisas para a valoração das provas (art. 131 – *supra*, n. 813). Estão pois deslocadas no sistema aquelas dezenas de disposições instituidoras de regras legais de valoração, que só se legitimariam em clima de regime de *prova legal* (*supra*, n. 814). Ainda assim, é dever do intérprete levá-las em consideração, porque elas estão presentes no direito positivo; mas todas essas disposições devem ser *interpretadas sistematicamente*, em consonância com o regime de valoração racional da prova pelo juiz (art. 131). Vistas assim, na prática elas se revelam menos imperativas ou vinculantes do que parecem.

Na realidade, esses dispositivos seriam na maioria dispensáveis, porque a livre interpretação das provas pelo juiz é suficiente para produzir em cada caso os desejáveis resultados racionais que elas indicam.

Além disso, na disciplina da eficácia probatória dos telegramas, reproduções de documentos *etc.*, o Código de Processo Civil mostra-se extremamente rigoroso ao exigir a *autenticação*, o que também não condiz com o regime probatório geral contido nele próprio. Sendo da essência do sistema adotado a *dispensa de prova de fatos não contestados* (art. 302 c/c art. 334, inc. III – ônus da impugnação especificada dos fatos – *supra*, n. 1.121), essas preocupações com a autenticação de reproduções não se acomodam bem no contexto do processo civil brasileiro e também não podem impor-se com tanto rigor. Tais disposições devem também receber *interpretação sistemática*, reduzida sua eficácia aos casos em que a parte contrária questione a autenticidade do documento ou da reprodução, ou em que o próprio juiz tenha razões para não confiar.

A lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999, que autoriza o emprego da transmissão de petições via *fax*, estabelece em alguma medida

uma presunção relativa de autenticidade da mensagem ao original, ao dizer que por essa fidelidade se responsabiliza quem fez a transmissão, sob pena de litigância de má-fé (art. 4º, *caput* e par.).

Feitos todos esses descontos, é legítimo o grande poder de convicção de que os documentos são portadores, dado que contêm declarações de conhecimento ou de vontade, são elaborados mediante certos cuidados formais e ordinariamente trazem a assinatura do declarante. Tais fatores influem naturalmente no espírito do juiz e fortalecem a credibilidade dessa fonte probatória, mas o juízo a respeito fica sempre reservado a este, em cada caso concreto, em vista do modo como as partes controvertem sobre os pontos de fato pertinentes e no confronto com os demais elementos de convicção constantes dos autos (livre convencimento, art. 131).

O Código Civil de 2002 traz também disposições claramente processuais sobre o valor probatório dos documentos, ora reiterando disposições já existentes no Código de Processo Civil, ora alterando-as para pior. Além de cometer a violência de atribuir à escritura pública a condição de *prova plena* (art. 215, *caput*), ele diz que as certidões e traslados farão a *mesma prova* que os originais (arts. 216-217), que o instrumento particular assinado faz prova das obrigações convencionais (art. 221), que o telegrama e a prova fotográfica de documento só têm eficácia probatória quando não impugnados ou quando confortados pela exibição do original (arts. 222, 223, 225) etc. Tais inconvenientes disposições, contudo, devem ser *interpretadas sempre à luz do poder de livre convencimento* outorgado pelo Código de Processo Civil ao juiz (art. 331 – interpretação sistemática), sob pena de se permitir que prevaleçam no sistema esses atos de insensatez do legislador.

1.158. eficácia probatória dos documentos públicos

Pelo art. 364 do Código de Processo Civil, os documentos públicos, lavrados regular e formalmente por agentes estatais, fazem prova de sua própria formação e dos fatos que o agente declarar que ocorreram em sua presença. Fazem ainda prova do fato declarado, quando o agente é também autor intelectual da declaração, como sucede com as certidões expedidas por repartições públicas